



UNIVERSITAT<sup>DE</sup>  
BARCELONA

## Macrocriminalidad y política de priorización en el marco de la justicia transicional

*Ley de Justicia y Paz*

Beatriz del Pilar Cuervo Criales



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 3.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 3.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 3.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política  
Línea de Investigación: Derecho Penal y Ciencias Penales.

**MACROCRIMINALIDAD Y POLÍTICA DE  
PRIORIZACIÓN EN EL MARCO DE LA JUSTICIA  
TRANSICIONAL.**

**Ley de Justicia y paz**

Directora / Tutora: Dra. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

BEATRIZ DEL PILAR CUERVO CRIALES

BARCELONA, 2016

*A las personas que han luchado y entregado su vida por la libertad,  
a las que han sido privadas de ella,  
y a las que abogan por su defensa, aún sin ser escuchadas.*

## **ABREVIATURAS**

<b>Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b>	<b>CIDH</b>
<b>Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>	<b>CoIDH</b>
<b>Corte Penal Internacional</b>	<b>CPI</b>
<b>Derechos Humanos</b>	<b>DH</b>
<b>Derecho Internacional de los Derechos Humanos</b>	<b>DIDH</b>
<b>Derecho Internacional Humanitario</b>	<b>DIH</b>
<b>Fiscalía General de la Nación</b>	<b>FGN</b>
<b>Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley</b>	<b>GAOML</b>
<b>Jurisdicción Penal Internacional</b>	<b>JPI</b>
<b>Jurisdiccion Especial para la Paz</b>	<b>JEP</b>
<b>Justicia Transicional</b>	<b>JTr</b>
<b>Justicia y Paz</b>	<b>JyP</b>
<b>Ley de Justicia y Paz</b>	<b>LJP</b>
<b>Ley de Justicia Transicional</b>	<b>LJTr</b>

## ÍNDICE

	Pág.
<b>Abstract .....</b>	<b>7</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>9</b>
<b>1. Paradigma de la JTR y nuevos enfoques .....</b>	<b>22</b>
1.1. Consideraciones Generales .....	22
1.2. Antecedentes históricos .....	23
1.3. Fundamentos epistemológicos de la JTr.....	38
1.4. Marco jurídico de la LJP.....	52
1.4.1. LJP .....	52
1.4.2. Marco jurídico para la paz, priorización y enfoque diferencial. ....	57
1.5. Los nuevos paradigmas de la JTr en la LJP .....	66
1.5.1. Destinatarios. ....	66
1.5.2. Los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. ....	73
1.5.3. La libertad frente a la alternatividad penal. ....	82
1.5.4. La detención preventiva como única medida de aseguramiento. ....	107
1.5.5. Jurisdicción especial de JyP. ....	127
1.6. La flexibilización de los derechos y garantías a partir de la JTr ¿Tercera velocidad? .....	128
1.7. ¿Contradicción dialéctica de la pena alternativa y el principio de proporcionalidad de la justicia retributiva? .....	159
<b>2. Crímenes que comportan graves violaciones contra el DIH y el DIDH en la LJP .....</b>	<b>173</b>
2.1. Consideraciones previas .....	173
2.2. Antecedentes históricos y normativos .....	177
2.2.1. DIH. ....	177
2.2.2. Antecedentes históricos y normativos del DIDH. ....	189
2.2.3. De la Jurisdicción Penal Internacional (JPI). ....	197

<b>2.3. Crímenes contra el DIH y los DH.</b>	<b>203</b>
<b>2.4. Alcance y ámbito de aplicación de los crímenes de Competencia de la CPI en la LJP</b>	<b>213</b>
<b>2.5. ¿Tensión jurídica con la LJP?</b>	<b>222</b>
2.5.1. Los actos propios de la guerra configuran crímenes en la LJP.	222
2.5.2. Aplicación de la ley penal dependiendo del reconocimiento o no del conflicto armado	223
2.5.3. Los actores del conflicto armado en la JTr – Ley 975 de 2005.	224
2.5.4. La imputación y adición de los crímenes contra el DIH y DIDH en la JTr.	226
<b>2.6. Los llamados <i>delitos base</i> en la LJP: concierto para delinquir y rebelión.</b>	<b>241</b>
2.6.1. Reseña histórica del delito de concierto para delinquir en Colombia.	241
2.6.2. Reseña histórica del delito político en Colombia.	245
2.6.3. Su incidencia en el proceso de JyP	248
<b>2.7. El enemigo en la JTR</b>	<b>266</b>
<b>3. El fenómeno jurídico de la macrocriminalidad en la construcción de patrones y contexto.</b>	<b>281</b>
<b>3.1. Consideraciones previas</b>	<b>281</b>
<b>3.2. Conflicto armado y contexto.</b>	<b>284</b>
3.2.1. Antecedentes.	288
3.2.2. Procesos de amnistía e indulto previos a la JTr.	296
3.2.3. Actores y autores del conflicto armado y su rol en la JTr.	310
<b>3.3. ¿Qué es la macrocriminalidad?</b>	<b>360</b>
<b>3.4. La macrocriminalidad como nuevo <i>modelo de investigación criminal</i>.</b>	<b>376</b>
<b>3.5. El contexto como factor determinante en el modelo de macrocriminalidad.</b>	<b>378</b>
<b>¿A cuál contexto nos referimos?</b>	<b>378</b>
<b>3.6. Los criterios para la construcción de patrones de macrocriminalidad.</b>	<b>401</b>
<b>3.7. Patrones de macrocriminalidad en la JTr. Análisis de casos.</b>	<b>418</b>
<b>3.8. El dominio de la voluntad sin dominio, como máxima de la Justicia transicional.</b>	<b>430</b>
<b>4. ¿De la delación en la Ley de JyP a la verdad en la construcción de la paz?</b>	<b>457</b>
<b>4.1. Jurisdicción Especial para la Paz.</b>	<b>458</b>

4.2 ¿La dogmática penal en la JTr o la JTr en la dogmática penal? .....	491
5. Conclusiones .....	502
BIBLIOGRAFIA.....	509

## Abstract

*The completion of the epistemological and normative study of crimes against humanity that define the context of macrocriminality in the legal framework for transitional justice within the scope of the Justice and Peace from the criminal policy of prioritization, differential focus and lowering of substantive and procedural rights and guarantees, established that the model of transitional justice in the way it was conceived in the Law of Justice and Peace does not constitute a real transition from one stage of war to a state of peace, but follows a policy of betrayal, repentance and submission to justice, which contravenes the very principles of criminal law. The distortion, misunderstandings and the irrationalities of the most serious crimes committed in Colombia regarding the armed conflict and the need to build macrocriminality patterns, such as criminal policy of transitional justice, are far from complying with the principles of truth, justice, reparation and guarantees of non-repetition to achieve peace.*

*The new special court for Peace that is coming as a result of the signing of agreements in Havana with the Revolutionary Armed Forces of Colombia FARC-EP, has laudable aims, but serious inconsistencies in the application of the principles of truth, justice, reparation and non-repetition of transitional justice and simultaneously, the nature of payment as a form of "no impunity" as a minimum requirement; it cannot meet if they continue to impose criteria of irrationality in the application of justice to avoid the guarantee of substantive and procedural rights, as is happening with the application of Law 975 of 2005, and continue to worship theories in which the exceptionality of rights and restrictions are reversed and become the general rule.*

**Keywords:** *Transitional justice, crimes against humanity, macrocriminality patterns, rights and guarantees.*



## Resumen

*El modelo de justicia transicional en la forma como fue concebido en la Ley de Justicia y Paz no configura una verdadera transición de un estadio de guerra a un estadio de paz, sino que obedece a una política de delación, arrepentimiento y sometimiento a la justicia, que contraviene los principios mismos del Derecho penal. La distorsión, las incomprensiones y las irracionalidades sobre los crímenes de mayor gravedad cometidos en Colombia en torno al conflicto armado, y la exigencia de construcción de patrones de macrocriminalidad, como política criminal de la justicia transicional, distan mucho de dar cumplimiento a los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición para el logro de la paz.*

*La nueva Jurisdicción Especial para la Paz, que se avecina como consecuencia de la firma de los acuerdos en La Habana con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP, tiene fines muy loables, pero serias contradicciones en la aplicación de los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición de la justicia transicional y simultáneamente, el carácter de retribución como forma de no impunidad como exigencia mínima, que no se podrán cumplir si en la aplicación de la justicia se siguen imponiendo criterios de irracionalidad para evitar la garantía de los derechos sustanciales y procesales, como está sucediendo con la aplicación de la Ley 975 de 2005, pues se sigue rindiendo culto a las teorías según las cuales se invierten las excepcionalidades de los derechos y sus restricciones se convierten en la regla general.*

**Palabras clave:** *justicia transicional, crímenes contra la humanidad, patrones de macrocriminalidad, derechos y garantías.*

## Introduccion

*... por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana...*<sup>1</sup>

Las inquietudes que se suscitan en relación con el Marco Jurídico para la Paz, la Ley de Justicia Transicional (en adelante LJTr) y el estudio de los crímenes que comportan graves violaciones contra el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y los Derechos Humanos (DH), cometidos por integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley, tales como paramilitares y subversivos, al igual que los cometidos por agentes del Estado, surgieron como parte de la experiencia personal dentro del desarrollo del proceso de Justicia y Paz (JyP), en el ejercicio de la actividad defensorial, desde la entrada en vigencia de la Ley 975 del 25 de julio de 2005.

He sido defensora pública desde hace muchos años, y la lucha que libramos diariamente los defensores es buscar en cada caso la aplicación real y efectiva de las garantías sustanciales y procesales para el imputado, especialmente la lucha por la mínima restricción posible a la libertad, porque tengo el convencimiento de que todas las personas, sin excepción, son titulares de estos derechos y garantías y esto es lo que marca la diferencia con regímenes autoritarios e inquisitivos.

Cuando inicié como defensora de los postulados a la Ley de Justicia y Paz (LJP) el primer impacto que se me presentó en mi ejercicio profesional era el de ilustrar al postulado en la ley para que se inculpará y que dijera la verdad de su participación en el grupo armado organizado al margen de la ley y para que delatara a los demás integrantes del grupo, porque de eso dependía que no fuera excluido de los beneficios de esta ley.

---

<sup>1</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COIDH), *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 154. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).

A medida que se fue avanzando en el proceso, mi papel ya no fue solamente velar por este derecho, sino, confrontar la negación de la libertad, la renuncia a la prescripción, la doble incriminación, el juzgamiento simultáneo en la jurisdicción de JyP y en la ordinaria por los mismos hechos, la ruptura de la cosa juzgada, la eliminación total de la presunción de inocencia, la renuncia a un juicio oral, público y contradictorio.

Pero lo que más me impactó fue el hecho de que el derecho de defensa se invirtió en su propia naturaleza, hasta el punto, de que era el defensor quien le insistía al ente acusador para que se impusiera la medida de detención preventiva, porque esto implicaba, en principio, la condición para empezar a descontar la pena alternativa en la justicia transicional (en adelante JTr).

Esto no constituye otra cosa diferente a lo que NIETZSCHE denominó la transvaloración de los valores<sup>2</sup>. Es así como se han transvalorado los principios básicos del Derecho penal y del Derecho procesal penal con la implementación de la llamada JTr.

Esta ley literalmente rompió con todos los paradigmas del Derecho penal tradicional de la justicia ordinaria y generó la urgente necesidad de profundizar en temas como el concepto de JTr, el de macrocriminalidad en el contexto de crímenes de lesa humanidad, la política criminal de la priorización y el enfoque diferencial y, en especial, la incidencia de estos nuevos baremos en la flexibilización, o mejor, en el desbordamiento de los derechos y garantías procesales en el marco jurisdiccional de esta ley, con la implementación de políticas como la *tercera velocidad*, el *Derecho penal del enemigo* y la *tolerancia cero*.

Las dificultades que han surgido en virtud de la expedición, implementación y aplicación de la política criminal de JTr se presentan a nivel epistemológico, normativo y fáctico a medida en que se ha desarrollado la LJP y se ha podido constatar el cambio paradigmático, no solamente de la JTr en la justicia ordinaria, sino de ésta en la JTr.

Para dilucidar estas dificultades se propone el trabajo de tesis doctoral sobre “Macrocriminalidad y política de priorización en el marco de la Justicia Transicional. *Ley de Justicia y Paz*”, cuyo objetivo principal es hacer un estudio epistemológico y normativo de los crímenes contra la humanidad que definen la macrocriminalidad en el marco jurídico de la

---

<sup>2</sup>NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994, pp. 7, 11. “La transvaloración consiste en que ahora se llama malvado al que antes era bueno, ahora se llama malvado al poderoso, al violento, al lleno de vida. En cambio se llama bueno al que antes era malo, eso es, al hombre bajo, simple, indigente, enfermo.”

JTr dentro del ámbito de la LJP, a partir de la política criminal de priorización, enfoque diferencial y flexibilización de los derechos y garantías sustanciales y procesales.

Adicionalmente, con el estudio de casos concretos se busca analizar si con esta política se desbordan los principios del Derecho procesal penal y sustancial, la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), del DIH, de la Jurisdicción Penal Internacional (JPI) y los derechos de las víctimas.

La tesis que se propone es que a partir del modelo de JTr, en la forma como fue concebido en Colombia, no se puede afirmar que haya un verdadero cambio de un estadio de guerra a un estadio de paz, sino que la LJP obedece a una política de delación, arrepentimiento y sometimiento a la justicia, lo que se aleja de una política de transición para lograr la paz porque entra en contradicción con los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición, e impone un sinnúmero de irracionalidades de los fundamentos básicos de los derechos y garantías procesales en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Igualmente, la política de priorización, el enfoque diferencial y la macrocriminalidad en la forma como están concebidas en la LJP, desbordan el Derecho penal procesal y sustancial, la normativa del DIDH, del DIH y la misma JPI. Tales institutos devienen en la negación de los principios generales del Derecho penal y son un tributo a la des-jurisdiccionalización y des-procesalización, tal como sucede en la Jurisdicción de JyP, por lo que se considera que no son el camino para lograr la paz.

Como afirma MUZCO<sup>3</sup>, es esencialmente en la gestión del componente pragmático y, en particular, en el proceso de formación de las normas, donde reside el embrión de una adquirida e intrínseca irracionalidad del mismo Derecho penal. Se presenta desde la irracionalidad de la conducta delictiva, con su conisguiente deseo de venganza por parte de los agraviados, hasta tendencia a aplacar institutivamente la alarma social con una orientación promocional.

---

<sup>3</sup> MUSCO, E. “*La irracionalidad en el Derecho penal*”, *RECPC* [en línea]. núm. 16-r1, 2014. p. r1:2 Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r1.pdf>. ISSN 1695-0194 , “La irracionalidad, desde mi óptica, se refiere al sistema –o al Derecho– penal en cuanto tal, podría decir casi como institución, aunque no se puede dejar a un lado la irracionalidad interna al mismo sistema penal, es decir, de cada uno de los institutos que en el mundo penal ocupan un papel de importancia primaria”. “En la gestión de dichas irracionalidades el Derecho penal está dotado de dos componentes infungibles: el dogmatismo, que consagra en vía apriorística los principios fundamentales de la Ciencia penal, y el pragmatismo, que pretende conseguir resultados empírica y socialmente apreciables”.

La metodología utilizada a partir del método cualitativo nos permite el estudio y análisis de los fundamentos epistemológicos y normativos de la JTr, los crímenes de mayor gravedad para la humanidad, la macrocriminalidad y la política criminal de priorización y enfoque diferencial en el contexto de la LJP, para un mayor entendimiento y comprensión del fenómeno que se está presentando en el desarrollo, aplicación e implementación de nuevos paradigmas del Derecho penal.

Este análisis se ha realizado, no solo a partir de la normatividad y los fundamentos epistemológicos de la JTr, sino también con base en el estudio de casos concretos, que emanan de una realidad fáctica muy específica como es el conflicto armado en Colombia, a partir del cual se puede hacer una descripción de los mismos de manera objetiva.

Para lograr el objetivo principal de este estudio, se han propuesto como objetivos específicos los siguientes:

Definir los antecedentes históricos, los fundamentos epistemológicos, el marco jurídico y los nuevos paradigmas de la JTr, y determinar si en la forma como estos están concebidos han generado la flexibilización de los derechos y garantías sustanciales y procesales.

Delimitar el alcance y ámbito de aplicación de los crímenes que comportan graves violaciones contra el DIH y los DH en la LJP, analizar la función de los llamados delitos base en esta Jurisdicción, y considerar si existe tensión o no, entre estos crímenes y la legislación penal interna.

Determinar el fenómeno de la macrocriminalidad en la construcción de patrones y delimitación del contexto dentro del conflicto armado que ha vivido Colombia en las últimas décadas y establecer si es necesaria esta política para el desarrollo de la JTr en la LJP.

Analizar si es posible, avanzar hacia una Jurisdicción Especial para la Paz en el marco de los Acuerdos para la terminación del conflicto armado, sin romper con el modelo de una JTr de delación y sometimiento, desde la perspectiva de la pena alternativa, de la política de priorización, del contexto de macrocriminalidad y de las graves violaciones que se han cometido contra el DIH y los DH en Colombia, dentro del marco del Sistema Integral de verdad, justicia, reparación y no repetición.

Precisar si la JTr ha incidido en la justicia ordinaria, o si más bien, ésta última ha incidido en la aquélla. Este aspecto es importante en la medida en que permite establecer la resonancia de la JTr en la jurisdicción ordinaria y viceversa.

En este orden, el presente escrito se distribuyó en cuatro capítulos, a saber:

El *Capítulo Primero* hace referencia al *paradigma<sup>4</sup> de la JTr y nuevos enfoques*, en el cual se presentan los antecedentes históricos, epistemológicos y normativos de la JTr; así como los nuevos paradigmas referidos a los principios, la alternatividad penal, la libertad, los destinatarios y la nueva jurisdicción en el marco de la LJP, los cuales plantean una contradicción dialéctica entre la pena alternativa y el principio de proporcionalidad de la justicia retributiva, que ha permeado los principios de verdad, justicia y reparación debido a que el pensamiento generalizado de la justicia retributiva como ‘solución’ para castigar a los infractores de la ley, genera una contradicción frente a la búsqueda de la verdad y la reparación.

La JTr en la forma en que se concibió para la promulgación de la LJP, otorga un beneficio de pena alternativa, que oscila entre cinco y ocho años de prisión, a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley<sup>5</sup>, como autores o partícipes<sup>6</sup> de hechos delictivos cometidos *durante y con ocasión* de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de

---

<sup>4</sup> KUHN, T. *La estructura de las revoluciones científicas*, Ed. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2010, p. 16, “Así pues, los paradigmas no solo resuelven problemas que no se sabía como atacar, sino que prometen resolver otros muchos por vías similares y ponen a trabajar a los científicos de manera coherente sin necesidad de reglas explícitas”

<sup>5</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 del 25 de julio de 2005. art. 1, inc. 2. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17161> “Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones de las que trate la Ley 782 de 2002”.

<sup>6</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 del 24 de julio de 2000, *Código Penal Colombiano* (C. P. Col.), “**Artículo 29. Autores.** Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

**Artículo 30. Partícipes.** Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

la ley que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

El Estado colombiano consideró que este beneficio que suspendía la ejecución de la pena ordinaria por una pena alternativa se concedía a cambio de la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su resocialización.

En este contexto entendemos, como, se presentará en este capítulo, que esta modalidad de rebaja de pena a cambio de colaboración eficaz mediante la confesión, se asemeja más a una justicia premial por delación y arrepentimiento, en detrimento de las garantías penales y procesales, que a una verdadera justicia de transición que permita el paso de un estadio de guerra a un estadio de paz, por varias razones:

*Primera.* Los fenómenos de la conformación de grupos armados de subversión y de autodefensas o paramilitares son bien distintos y, por ello, ameritan un procedimiento diferente, en tanto que no se puede predicar el mismo tratamiento a los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que “mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional<sup>7</sup>...”, que a los grupos armados organizados al margen de la ley que “se concierten con el fin de cometer delitos”<sup>8</sup>.

*Segunda.* Con la expedición de esta normatividad no se busca la verdad, la justicia y la reparación de las Fuerzas Militares que actuaron por fuera de la ley, coadyuvando y facilitando a los paramilitares en sus actividades criminales, al igual que a los grupos económicos y a la clase política del país, debido a que la ley no los incluyó.

*Tercera.* Los antecedentes históricos sobre los cuales se ha erigido el concepto de JTr corresponden más a los procesos previos para la creación de la Jurisdicción penal internacional, que busca castigar a los autores de graves crímenes contra la humanidad imponiendo penas ejemplares, que a los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición que fundamentan la JTr a partir de la pena alternativa que implica la disminución punitiva.

*Cuarta.* La JTr que se concibió en la LJP se compadece más con los fundamentos de la teoría de la *tercera velocidad* y la teoría de *Derecho penal de enemigo*, que, con un verdadero

---

<sup>7</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C. P. Col.), art. 467.

<sup>8</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col. ), art. 340.

proceso de transición de la guerra a la paz, en la medida en que la información obtenida como consecuencia de las confesiones rendidas por los postulados en las versiones libres, va dirigida al desmantelamiento del grupo armado.

*Quinta.* La aplicación de la LJP para lograr que los postulados a ella obtengan la pena alternativa ha exigido la renuncia de estos a los derechos de no auto incriminación, *non bis in idem*, prescripción, presunción de inocencia, defensa, entre otros; incluyendo el principio de igualdad con la llamada *política criminal de priorización*, así como la *construcción* de una nueva concepción del Estado de Derecho que se ha denominado *Legalidad Flexible*.

*Sexta.* La LJP entraña una contradicción dialéctica entre la pena alternativa y la pena retributiva, que se trata de subsanar con la restricción de todos los derechos y garantías procesales, como forma de *retribución justa*<sup>9</sup>. Es así como el concepto de *justicia* que refiere la ley, se contradice con el fundamento de la JTr.

*Séptima.* Con la política criminal denominada *enfoque diferencial* se puede afirmar, en los mismos términos de la premisa Orwelliana<sup>10</sup>, que *hay unas víctimas, más víctimas que otras*, toda vez que estas no deben hacer parte de ningún proceso penal, sino que los Estados y la sociedad en general deben evitar su revictimización y optar por el respeto de su dignidad; en lugar de seguir promoviendo la venganza que caracteriza las teorías retribucionistas de la pena.

*Octava.* La exclusión de los postulados de la LJP y la compulsa de copias a la justicia ordinaria, son la ‘sanción’ si no se renuncia a los derechos y se acepta la ‘verdad’ en los términos que la Jurisdicción de justicia y paz lo exige, permeando el principio de verdad.

*Novena.* No se puede predicar el mismo tratamiento a los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que “mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional<sup>11</sup>...”, que a los grupos armados organizados al margen de la ley que “se concierten con el fin de cometer delitos”<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. 20 de julio de 1991. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

<sup>10</sup> ORWELL, G. *Rebelión en la granja*, Vol. 23, Ed. Destino, Barcelona, 2003, p. 181, “Todos los animales son iguales, pero algunos animales son mas iguales que otros”.

<sup>11</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col. ). art. 467.

<sup>12</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col. ). art. 340.



*El Capítulo Segundo se refiere al análisis de los crímenes de mayor gravedad que se están imputando en la LJP, en el que se abordan consideraciones de orden histórico, normativo y epistemológico de los crímenes de lesa humanidad, y contra el DIH, delimitando su alcance y ámbito de juzgamiento en la JTr a partir de la normatividad internacional y de la legislación penal interna, para mostrar que las imputaciones de estos crímenes, en la forma como se realizan en el ámbito del proceso de justicia y paz, en la mayoría de los casos, carecen de fundamento jurídico, en la medida en que son conductas que se realizaron durante y con ocasión de la pertenencia del postulado al grupo organizado al margen de la ley en la mayoría de los casos son actos propios de la guerra.*

Para trabajar este aspecto se hace referencia al conflicto armado y al contexto del mismo en la JTr, en el cual se presentan los antecedentes históricos de la violencia en Colombia; la creación y conformación de grupos armados organizados al margen de la ley, tales como grupos de autodefensas y grupos subversivos; la participación de los agentes del Estado en el recrudecimiento de la guerra interna y las circunstancias de tiempo, modo y lugar del conflicto interno que dio origen a la JTr en Colombia. Esto, con el fin de delimitar el marco histórico del conflicto armado que fue determinante para la expedición de la Ley 975 de 2005, mediante la cual se reglamentó la desmovilización de estos grupos para la consecución de la paz y dio inicio a la llamada *Justicia Transicional*.

En este capítulo se define la fundamentación epistemológica y jurídica de los diferentes tipos penales que son objeto de imputación en el ámbito de la LJP y se hace el análisis normativo y jurisprudencial de los delitos cometidos por los miembros de los grupos organizados al margen de la ley dentro de la Jurisdicción de justicia y paz, para lo cual se hace referencia a casos concretos, tanto de los grupos de autodefensas como de la guerrilla, concretamente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC-EP.

La política de delación y arrepentimiento se desarrolla constantemente en la justicia ordinaria para todo tipo de delitos y es usual encontrar crímenes de mucha gravedad en los cuales los autores se les han disminuido las penas en virtud de la denominada *colaboración eficaz* –principio de oportunidad, preacuerdos, aceptación de cargos–, por lo que la pena alternativa, que oscila entre 5 y 8 años de prisión en la LJP, obedece a esa misma política criminal, pero solo para quienes se desmovilicen del grupo armado de manera individual o colectiva.

Los procesados que han cometido crímenes durante y con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, son juzgados tanto en la justicia ordinaria como en la LJP como delincuentes comunes; y en ese escenario, se les imputa todo tipo de delitos, incluyendo los crímenes contra DIH que configuran actos propios de la guerra y que como tales, no son actos delictivos.

Los crímenes que comporta la JTr, en virtud de que dichos actos se cometieron durante y con ocasión del conflicto armado que está reconocido en esta ley, deberían tener una connotación distinta, es decir, que los actos hostiles o de guerra como tal, no podrían ser judicializados a la luz de la Convención de Ginebra y sus protocolos, porque tales actos hacen parte del *ius ad bellum* que son los motivos o justificaciones para hacer la guerra y no son actos delictivos *per se*; sin embargo, aún en este escenario, están siendo juzgados como criminales de delitos ordinarios, con el agravante de que las imputaciones que se hacen, son calificadas jurídicamente como crímenes contra el DIH.

Solamente aquellos actos que utilicen medios no permitidos para la guerra y ataques sistematizados y generalizados contra personas y bienes protegidos por el DIH, podrían ser objeto de investigación, juzgamiento y condena por crímenes contra el DIH.

El problema es que aún, a pesar de que la LJP va dirigida a los desmovilizados de los GAOML –autodefensas y subversión–, se están juzgando y condenando como responsables de delitos cometidos contra el DIH que consagró la legislación colombiana solamente a partir del 24 de julio de 2001<sup>13</sup>, pero como si fueran delincuentes comunes y por hechos cometidos incluso antes de la expedición de esta ley.

---

<sup>13</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal Colombiano), entró en vigor el 24 de julio de 2001. Incorpora en el título II. "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario: Art. 135. Homicidio en persona protegida; Art. 136. Lesiones en persona protegida; Art. 137 - Tortura en persona protegida; Art. 138 - Acceso carnal violento en persona protegida; Art. 139 - Actos sexuales violento en persona protegida; Art. 141 - Prostitución forzada o esclavitud sexual; Art. 142 - Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos; Art. 143 - Perfidia; Art. 144 - Actos de terrorismo; Art. 145 - Actos de barbarie; Art. 146 - Tratos humanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida; Art. 147 - Actos de discriminación racial. Art. 148. Toma de Rehenes. Art. 149. Detención ilegal y privación del debido proceso. Art. 150 - Constreñimiento a apoyo bélico; Art. 151 - Despojo en el campo de batalla; Art. 152 - Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria; Art. 153 - Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias; Art. 154 - Destrucción y apropiación de bienes protegidos; Art. 155 - Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario; Art. 156 - Destrucción y utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto; Art. 157 - Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas; Art. 158 - Represalias; Art. 160 - Atentados a la subsistencia y devastación; Art. 161 - Omisión de medidas de protección a la población civil; Art. 162 -

Teniendo en cuenta que el enemigo es considerado como criminal en el contexto de la Jtr contenida en la Ley de JyP, surge un interrogante que se tratará de dilucidar a lo largo de este capítulo: ¿Es plausible que los actos de guerra, en virtud del conflicto armado interno, puedan ser sancionados por el Derecho penal?

Uno de los asuntos a tratar en este capítulo es establecer si la imputación de los actos propiamente de la guerra deben ser juzgados y condenados como delitos, o si son meramente actos que hacen parte del conflicto armado.

La segunda cuestión es determinar ¿Cuál es el ámbito de juzgamiento de los crímenes contra el DIH? y ¿Cuáles las conductas que se deben juzgar? Igualmente, establecer si todos los actos cometidos por los grupos armados organizados al margen de la ley son crímenes contra el DIH, contra el DIDH o crímenes de delincuencia común, y cuál es el tratamiento en cada caso.

A nivel de tipicidad, determinar si los crímenes base de la LJP, esto es, rebelión, en caso de la subversión; y concierto para delinquir, en caso de las autodefensas, deben ser tratados de igual manera, tal como se hace en el proceso de justicia y paz; o si por el contrario requieren de procedimientos diferenciados y la construcción de patrones de macrocriminalidad.

Los Convenios de Ginebra y sus protocolos son claros, en virtud de que los Estados Partes que los suscribieron parten precisamente de la realización de la guerra, y como tal, dichos actos hostiles son permitidos por el DIH. La función de los Convenios y sus protocolos adicionales es establecer los límites de la guerra, tanto de los medios y mecanismos permitidos para la guerra, como de las personas y bienes que se deben proteger.

En este contexto, nuestro planteamiento es que la imputación de crímenes que se realiza en la Jurisdicción de Justicia y Paz corresponde a los actos propios de la guerra, pero no se han delimitado con claridad las conductas que utilizan mecanismos y métodos distintos y las que vulneran los derechos de las personas protegidas por el DIH y han causado daños a los bienes protegidos.

El *Capítulo Tercero* se refiere al *fenómeno jurídico de la macrocriminalidad a partir de la política de priorización y de los crímenes de lesa humanidad*, así como los modelos de investigación criminal dentro del contexto de macrocriminalidad. Presenta una delimitación conceptual de las diferentes categorías delictuales, se establece el concepto de

---

Reclutamiento ilícito; Art. 163 - Exacción o contribuciones arbitrarias; Art. 164 - Destrucción del medio ambiente”.

macrocriminalidad en los crímenes de mayor gravedad y se analiza el contexto y los criterios para la configuración de los patrones de macrocriminalidad de los crímenes contra la humanidad cometidos por miembros de grupos organizados al margen de la ley durante y con ocasión de su pertenencia al grupo.

Los postulados a la LJP son procesados por crímenes de lesa humanidad y delitos contra el DIH, en virtud de los crímenes cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo amado organizado al margen de la ley que se hayan desmovilizado y busquen su reincorporación a la vida civil. Significa esto, que los desmovilizados de los grupos de guerrilla y autodefensas, según esta ley, han cometido crímenes en virtud del conflicto armado que existe en Colombia desde hace varias décadas, lo que implica, *prima facie*, que su juzgamiento estaría dirigido a aquellos actos que desbordan los límites de los Convenios de Ginebra y sus protocolos.

El Estado colombiano, desde sus orígenes, ha sido el promotor del conflicto armado en Colombia, y en los últimos cincuenta años ha promovido la conformación de grupos de paramilitares, aún desde la misma normatividad. Ha participado en la guerra contra los grupos subversivos, utilizando todos los mecanismos, legítimos y no legítimos, para exterminar a estos grupos de guerrilla, cuya finalidad ha sido “derrocar el régimen constitucional y legal”<sup>14</sup>, sin escatimar esfuerzo alguno en acabar con su ‘enemigo natural’.

Inicialmente, con el surgimiento de la guerrilla, los grupos de autodefensas buscaron de forma mancomunada, junto con las fuerzas militares, exterminar a los primeros; pero la guerra ha ido cambiando de matiz a medida que han ido pasando los años, hasta el punto en que el narcotráfico, en las últimas décadas, ha venido jugando un papel muy importante, tanto para las autodefensas como para los grupos subversivos.

En la década de los noventa se incrementaron las masacres realizadas por las autodefensas, con la participación de la clase política y económica del país y el apoyo de las fuerzas militares para acabar con los grupos subversivos, que a su vez, también se empezaron a financiar con dinero del narcotráfico mediante la modalidad de lo que se ha denominado la *vacuna al*

---

<sup>14</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 599 de 2000 (C.P. Col. ). “art. 467 - Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar, al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente incurrirán en prisión de seis (06) a nueve (09) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

*gramaje*, del mismo modo que con la modalidad del secuestro y el pago del llamado *impuesto* a comerciantes, agricultores y a empresas.

A partir de este contexto se promulga la LJP, inicialmente para la desmovilización de los grupos de autodefensas. Sin embargo, el legislativo incorpora a los desmovilizados que de manera individual busquen la pena alternativa, a cambio de la confesión y colaboración eficaz para dismantelar el grupo al cual pertenecen.

Para ubicarnos en el contexto que culminó con la promulgación de la LJP y la implementación de la llamada JTr, con la imposición de una pena alternativa, es necesario conocer los antecedentes históricos que generaron este conflicto, así como sus actores en los diferentes momentos históricos y el papel que han jugado las fuerzas militares y el Estado.

Una vez definido el contexto del conflicto, y como aspecto fundamental de este trabajo, se procede a delimitar el origen del concepto de macrocriminalidad en los crímenes cometidos por los postulados a partir de la Directiva 001 del 12 de octubre de 2012, emitida por la Fiscalía General de la Nación (en adelante FGN) y a establecer si los criterios de macrocriminalidad se ajustan a los crímenes de mayor gravedad.

La noción de macrocriminalidad, que emana de la Ley 1592 de 2012<sup>15</sup>, incorpora el concepto de *patrón* como una forma de investigación para asegurar el esclarecimiento de la verdad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley; y para develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables (arts. 10 y 16 - A).

Considerar, como se ha pretendido, que para lograr la verdad histórica, los crímenes que comportan graves violaciones al DIH y a los DH deben incorporarse a patrones de macrocriminalidad, es un desacierto, pues el concepto político y jurídico de los tipos penales y la construcción de la verdad y la memoria histórica no pueden enmarcarse en un patrón de macrocriminalidad, que lo que busca es la condena de los máximos responsables, y este objetivo no necesariamente se compadece con la construcción del principio de verdad. Un método de investigación de un patrón criminal no se puede elevar a una categoría de crimen

---

<sup>15</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1592 de 03 de diciembre de 2012, “Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 ‘por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios’ y se dictan otras disposiciones”. Disponible en: <https://www.ictj.org/colombia-linea-tiempo/docs/Ley975/Ley1592.pdf>.

desde la política criminal, en tratándose de los delitos de mayor gravedad para la humanidad, si lo que se pretende desarrollar es el principio de verdad y lograr la paz.

Buscar la verdad y la justicia a partir de estructurar un patrón de macrocriminalidad para develar las causas, motivos y contexto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron los hechos, no constituye una teoría política del concepto de macrocriminalidad en crímenes atroces cometidos contra el DIDH y el DIH.

Para desarrollar este tema se precisa: llevar a cabo una delimitación conceptual de diferentes categorías referidas al delito; delimitar el concepto de macrocriminalidad como método para construir patrones y como concepto político de los crímenes de mayor gravedad para la humanidad; y, necesariamente, analizar el contexto en el que se imputan estos crímenes.

El *Cuarto Capítulo* desarrolla dos temas relevantes en nuestro análisis: el *primero* se refiere a la JTr en la Jurisdicción Especial para la Paz que ha surgido de los Acuerdos de La Habana, y que plantea una propuesta de transición real a una paz estable y duradera y, al parecer, por lo menos *prima facie*, incorpora a los agentes del Estado como posibles responsables de graves crímenes contra la humanidad.

El *segundo* aspecto que se trata en este capítulo se refiere a la resonancia que han tenido los principios de la JTr en la justicia ordinaria y la necesidad de replantear la teoría del delito y de la pena a partir de estos paradigmas, ya que, paradójicamente, el ‘beneficio’ de la pena alternativa, no solamente permeó los principios de verdad, reparación y garantía de no repetición, sino que conllevó a la violación de los derechos, garantías procesales y la minimización de los derechos incluso los de las víctimas. Adicionalmente, tiene resonancia en toda la jurisdicción penal con la distorsión y des-configuración del Estado Social de Derecho, con la implementación de políticas como la *tercera velocidad*, el *derecho del enemigo* concomitante con la *tolerancia cero*, frente a los actores del conflicto que se están procesando bajo la LJP.

## 1. Paradigma<sup>16</sup> de la JTR y nuevos enfoques

*“Que la pena sea un dolor, está bien; pero que el dolor sea un mal, ahí está el error”*

FRANCESCO CARNELUTTI<sup>17</sup>

### 1.1. Consideraciones Generales

La JTr en la forma en que se concibió con la promulgación de la LJP, impone una pena alternativa que oscila entre cinco y ocho años de prisión a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley<sup>18</sup>, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional.

El Estado colombiano consideró que este ‘beneficio’, que suspendía la ejecución de la pena ordinaria por una pena alternativa, se concedería a cambio de la contribución del ‘beneficiario’ a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas, la garantía de no repetición y su resocialización. A esta forma de administrar justicia la llamó *justicia transicional*.

Para desarrollar este capítulo, abordaremos inicialmente el estudio de los antecedentes históricos que se tuvieron en cuenta para incursionar en la JTr, sus fundamentos epistemológicos y nuevos paradigmas a partir de los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. Igualmente el régimen de la libertad de la pena alternativa y de la

---

<sup>16</sup> KUHN, T. *La estructura de las revoluciones científicas*, op. cit., p. 16. “Así pues, los paradigmas no solo resuelven problemas que no se sabía como atacar, sino que prometen resolver otros muchos por vías similares y ponen a trabajar a los científicos de manera coherente sin necesidad de reglas explícitas”

<sup>17</sup> CARNELUTTI, F., *Cómo nace el Derecho*, Ed. Temis, Bogotá, 2007, p. 31.

<sup>18</sup> FGN. *Ley de Justicia y Paz*. Ley 975 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, Art. 1, Inc. 2 “Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones de las que trate la Ley 782 de 2002”.

detención preventiva como única medida de aseguramiento, y finalmente, abordaremos el contenido de la Jurisdicción de la LJP y sus destinatarios.

De la misma manera es necesario abordar el análisis normativo y jurisprudencial a partir de casos y reflexionar sobre la contradicción dialéctica entre la pena alternativa y el principio de proporcionalidad de la justicia retributiva. Se torna necesario delimitar el marco jurídico para la paz de la JTr y estudiar los nuevos paradigmas de la priorización y el enfoque diferencial.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, a lo largo de la historia, la humanidad ha logrado conquistas avasalladoras que le han costado ríos de sangre y de sufrimiento y que durante muchos siglos, ni siquiera se pensó en que se obtuvieran esos logros; pero con el transcurrir del tiempo se plasmaron en las constituciones modernas que se fundamentan en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Por esto, ni bajo el esquema de justicias de excepción o especiales, y menos aún, bajo los presupuestos de la JTr, se puede considerar que se *reversen* los derechos y garantías procesales, ni de los postulados, ni de las víctimas. Cada uno de ellos se rige por parámetros distintos y nuestra propuesta teórica, es que no son incompatibles.

En este orden de ideas, baste decir, por ahora, que pretender buscar un acuerdo humanitario al conflicto armado y la violencia permanente en la que ha vivido el país durante más de 70 años, no es posible, si para ello, se desconocen y vulneran los derechos alcanzados por toda la humanidad, aunque se trate de graves crímenes y aún en el escenario en que sus autores no tengan la voluntad de contribuir a la verdad.

## **1.2. Antecedentes históricos**

Actualmente se ha dicho que los antecedentes históricos de la JTr están sustentados en los tribunales *ad hoc* que se han creado, especialmente desde la II Guerra Mundial. Considero por el contrario, que estos tribunales son la antesala de la creación de la Jurisdicción penal internacional que se consolida normativamente con el Estatuto de Roma, pero no de la JTr.

Después de la II Guerra Mundial, y teniendo en cuenta que las Naciones Unidas hicieron declaraciones de su intención de que los criminales de guerra fueran conducidos ante la justicia, y que según la Declaración de Moscú del 30 de octubre de 1943 sobre atrocidades cometidas por los alemanes de la Europa ocupada, los crímenes y atrocidades cometidos por estos debían ser juzgados y condenados con arreglo a las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que se crearán en ellos.



Con base en estos antecedentes, se firmó el Acuerdo de Londres de 1945, por el gobierno de Estados Unidos, el gobierno provisional de la República Francesa, el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas que, como países signatarios, crearon el Tribunal Internacional Militar para “*el enjuiciamiento de criminales de guerra cuyos delitos carezcan de una ubicación geográfica determinada, ya sean acusados individualmente, en su calidad de miembros de grupos u organizaciones o en ambos conceptos*”<sup>19</sup>.

Como primera referencia de los tribunales *ad hoc*, se crea entonces *el Tribunal de Nüremberg*, conocido inicialmente como *Tribunal Militar de Nüremberg* (TPMN) creado por medio del Acuerdo de Londres del 8 de agosto 1945<sup>20</sup>, cuyos países signatarios actúan en interés de todas las Naciones Unidas

Harry Truman, Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, nombró al juez federal americano, Robert H. Jackson<sup>21</sup> como fiscal acusador principal por parte de los Estados Unidos durante el proceso. Igualmente, cada una de las cuatro grandes potencias nombró a un juez principal y uno suplente<sup>22</sup>.

El proceso fue llevado a cabo y continuado del 20 de noviembre de 1945 al 31 de agosto de 1946 en Nüremberg, y el presidente del Tribunal fue el juez miembro del Tribunal, Lord Geoffrey Lawrence.

---

<sup>19</sup> CRUZ ROJA. “Acuerdo de Londres para el establecimiento de un tribunal militar internacional”, Londres: 8 de abril de 1945. Disponible en: [http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo\\_Londres\\_8\\_Agosto\\_1945.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf).

<sup>20</sup> ACUERDO DEL 8 DE AGOSTO DE 1945, Proyecto Avalon, Universidad de Yale. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>, donde se encuentran todos los documentos relacionados con estos juicios.

<sup>21</sup> FISCAL GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, Juez Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos y Fiscal Jefe durante el juicio principal dentro de los Procesos de Nüremberg, 1945 -1946. Disponible en: [https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj\\_internet/gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/imt\\_int/fl\\_yer\\_sp.pdf](https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/imt_int/fl_yer_sp.pdf)

<sup>22</sup> MEMORIUM NÜRNBERGER PROZESSE MUSEEN DER STADT NÜRNBERG - DER INTERNATIONALE MILITÄRGERICHTSHOF. National Archives, 2015. College Park, MD, USA. EE.UU: Francis Biddle (Juez) y John J. Parker (juez suplente); Gran Bretaña: Sir Geoffrey Lawrence (Juez y Presidente de IMG en Nuremberg) Norman Birkett (juez suplente); Francia: Henri Donnedieu de Vabres (Juez) y Robert Falco (juez suplente); URSS: Iola T. Nikitcheko (Juez) y Alexander F. Wolchkow (juez suplente) Disponible en: <http://www.museen.nuernberg.de/memorium-nuernberger-prozesse/themen/die-nuernberger-prozesse/der-internationale-militaergerichtshof/das-gericht/>.

En 218 días de sesión fueron presentados 360 testigos<sup>23</sup>, además, se utilizaron más de 2.000.000 *afidávits* (declaraciones bajo juramento). Como evidencia y como pruebas se tuvieron en cuenta: los documentos alemanes que habían sido recogidos durante las capturas, testimonios, el archivo fotográfico y películas de las atrocidades nazis tomadas por éstos durante y después de terminar la guerra<sup>24</sup>.

El día 30 de septiembre y el 1º de octubre de 1946 fueron dictadas las siguientes sentencias:

*3 sentencias absolutorias, 12 sentencias a pena de muerte en la orca, 3 sentenciados a cadena perpetua, 2 condenados a 20 años, 1 a 15 años, 1 a 12 años, 1 a 10 años y el otro no alcanzó a ser condenado cuando se suicidó (ley, Robert)*<sup>25</sup>. La Organización declaró criminal tanto al Cuerpo del Mando Político del Partido Nacionalsocialista Alemán de los Trabajadores (NSDAP) como a la SS, la Gestapo y el Servicio Secreto de Seguridad. Los cargos por los cuales fueron condenados eran: 1. Conspiración en contra de la paz mundial, 2. Planeación, provocación y realización de una guerra ofensiva, 3. Crímenes y atentados en contra del Derecho de Guerra y 4. Crímenes inhumanos<sup>26</sup>.

Los condenados a muerte fueron ejecutados el 16 de octubre de 1946. Aquellos que habían sido condenados a prisión fueron transferidos a la cárcel de criminales de guerra en Berlín-Spandau y el último de ellos –Rudolf Hess– se suicidó en esa prisión en agosto de 1987<sup>27</sup>.

De 1947 a 1949 se llevaron a cabo 12 procesos ante un tribunal militar norteamericano en contra de políticos, militares, altas personalidades de la economía, médicos, jueces y abogados, miembros de la Oficina de Asuntos Exteriores, etc. Los expedientes del Tribunal Internacional

---

<sup>23</sup> “Nüremberg Trial Proceedings Vol 4.”, 2008 [“TWENTY- SEVENTH DAY, Friday, 4 January 1946”], The Avalon Project, Y. L. S. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/01-04-46.asp#hollriegel>.

<sup>24</sup> Oberlandesgericht Nürnberg, “Internationales Militärtribunal 1945 / *Nürnberger Prozesse*”, Disponible en: <http://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/n/imt/>. [Última modificación: 15.12.2010].

<sup>25</sup> “Judgement : Sentences”, The Avalon Project, Y. L. S. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judsent.asp>.

<sup>26</sup> Los demandados individuales fueron procesados bajo [http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp - art6](http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp-art6) el artículo 6 de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. “Nüremberg Trial Proceedings Vol. 1 Charter of the International Military Tribunal”, 2008. The Avalon Project. Y. L. S. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art6>.

<sup>27</sup> Memorium Nürnberger Prozesse Museen Der Stadt Nürnberg. Der internationale Militärgerichtshof - Die Urteile. Disponible en: <http://www.museen.nuernberg.de/memorium-nuernberger-prozesse/themen/die-nuernberger-prozesse/der-internationale-militaergerichtshof/die-urteile/>.

Militar fueron publicados de 1947/49 (nombradas también la Línea Azul). Se extienden sobre 22 tomos con 14,638 páginas.<sup>28</sup>

Tal como se mencionó en artículo publicado<sup>29</sup>,

*Respecto a la efectividad del tribunal se puede destacar que se logró juzgar y condenar de facto a muy pocos dirigentes nazis, toda vez que para estos procesos no existía una normatividad internacional previa que permitiera estos juzgamientos por lo que se creó transitoriamente este tribunal, con el fin único de condenar mediante una justicia retributiva, a los autores de estos hechos, que en ese momento no se configuraban como crímenes por ninguna legislación, esto es, crímenes contra la paz y seguridad internacional.*

Los Tribunales de Nüremberg constituyen el antecedente más importante de la Jurisdicción penal internacional ya que sus características son similares en cuanto a investigar los crímenes de mayor gravedad para la humanidad y sancionar a los responsables de graves crímenes cometidos contra la humanidad, pero no constituyó como un tribunal para buscar la paz, la verdad, la reparación a las víctimas o la no repetición.

Con la rendición de Japón al finalizar la II Guerra Mundial, se crean los Tribunales de Tokio en 1946: para los vencidos la horca<sup>30</sup>. Después del lanzamiento de la bomba atómica a Hiroshima y Nagasaki por parte de Estados Unidos, se realizaron los juicios en Tokio para condenar a los perdedores de la guerra, sin que tuvieran mucho éxito, pues tanto las causas que originaron la guerra con Japón como la forma de terminación de la misma no podían ser atribuidos a los japoneses.

*Los problemas fundamentales que tuvieron que solventar los jueces fueron los motivos de la guerra, la obediencia debida y la arbitraria desigualdad a la hora de justificar a los vencidos por atrocidades cometidas por los vencedores. ¿Cómo acusar, por ejemplo, al jefe de las fuerzas aéreas japonesas por bombardear a la población civil al ver las calles carbonizadas de Tokio y conociendo el horror de Hiroshima y Nagasaki? También había problemas al condenarles por crímenes de guerra, tales como el maltrato de prisioneros de guerra, ya que la ideología militar japonesa del Bushido consideraba la rendición la peor deshonra para un soldado, y no daba valor a la vida de los prisioneros.*

*Finalmente, en el juicio resultó muy difícil condenar la actitud Japonesa al empezar la guerra, al salir a la luz la presión de los americanos que ofician términos inaceptables, dejando a los Japoneses*

---

<sup>28</sup> “The British War Bluebook”, The Avalon Project, Y. L. S. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/wwii/summary.asp>.

<sup>29</sup> CUERVO CRIALES, B. et. al. *Origen y Fundamentos de la Justicia Transicional.*, op. cit., p. 127.

<sup>30</sup> Juicio de Tokio, 1946: para los vencidos la horca. *La Aventura de la Historia*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/ladh/numero90/todo2.html>.

*sin otra alternativa que ir a la guerra o someterse a unas exigencias que dejarían a Japón sin la capacidad para sostener su numerosísima población. David Solar recuerda otro de los juicios de la posguerra, y explica como la inflexibilidad diplomática americana que llevó a la guerra era parte de una estrategia premeditada por Roosevelt para provocar el ataque japonés e implicar a América en la guerra.*<sup>31</sup>

Fueron procesados 28 responsables, excluyéndose al emperador Hirohito, quienes fueron acusados por crímenes contra la paz, preparar e iniciar la guerra, crímenes de guerra, crueldad contra civiles y prisioneros, crímenes contra la humanidad, genocidio, esclavización, explotación de la población, conspiración y la preparación de los delitos anteriores. De las condenas proferidas, 7 personas fueron ahorcadas, 16 condenadas a cadena perpetua, y 2 condenadas a 7 y 20 años de prisión respectivamente<sup>32</sup>.

Se evidencia con estos juicios, la doble moral con la que empieza a germinar el Derecho Penal Internacional, al buscar responsables por crímenes contra la humanidad, únicamente de los países o Estados que pierden la guerra, ya que si a la luz de la razón y del sentido común, hubo una violación grave contra la humanidad, fue el ataque a Hiroshima y Nagasaki, dirigido contra la población indefensa, pero de la cual no hay ningún responsable, precisamente porque no se trata de justicia, sino de poder<sup>33</sup> y en ese sentido no es aplicable el derecho penal contra los vencidos.

En Ruanda, el conflicto armado entre la mayoría Hutu y la minoría Tutsi, que tuvo estrecha relación con el genocidio de 1994 en el Estado de Ruanda, condujo al establecimiento del *Tribunal Penal Internacional para Ruanda* por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1995. Mediante la interposición de fuerzas de paz de la Unión Africana y de la ONU, se alcanzaron el Acuerdo de Paz y la Reconciliación de Arusha en agosto de 2000<sup>34</sup>.

Cuando se configuran los tribunales en Ruanda, en virtud del genocidio realizado por los Hutus contra los Tutsi en abril de 1994, la normatividad internacional sobre DH y DIDH ya

---

<sup>31</sup> Juicio de Tokio, 1946: para los vencidos la horca. *La Aventura de la Historia*. <http://www.elmundo.es/ladh/numero90/todo2.html>

<sup>32</sup> Disponible en: <http://www.laprensademonagas.info/Articulo.aspx?aid=29200>.

<sup>33</sup> . ZIMBARDO, P. *El efecto lucifer. El porqué de la maldad*. Ed. Paidós, Barcelona, 2008, p. 26. “La maldad consiste en obrar deliberadamente de una forma que dañe, maltrate, humille, deshumanice o destruya a personas inocentes, o en hacer uso de la propia autoridad y del poder sistémico para alentar o permitir que otros obren así en nuestro nombre”

<sup>34</sup> Programa de Divulgación sobre el genocidio en Rwanda y las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/about/bgjustice.shtml> [Fecha de consulta: septiembre de 2014].

está claramente definida; tan es así, que los cascos azules se encontraban en Ruanda, y el 21 de abril de 1994, cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas vota por la reducción de la misión UNAMIR (resolución 912 del Consejo de Seguridad).

Paradójicamente, el Consejo de Seguridad de la ONU, tuvo conocimiento previo a la realización del genocidio en Ruanda, hasta el punto que se manifestó en las múltiples resoluciones<sup>35</sup>, en una de las cuales ordena el retiro de las tropas de las Naciones Unidas, a sabiendas del conflicto; sin embargo, posteriormente manifiesta su “repudio” y exige que cese el genocidio, asumiendo una actitud pasiva. No obstante, con posterioridad al genocidio, ordena la creación del tribunal ad hoc internacional para que juzgue y condene a los autores de estos hechos, con el fin de hacer ‘justicia’.<sup>36</sup>

Si bien hasta este momento no se había configurado la Jurisdicción penal internacional, si estaba claramente definida la normativa internacional sobre los DH y el DIH.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda – TPIR – fue creado el 8 de noviembre de 1994 a través de la resolución 955 del Consejo de Seguridad, con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del DIH cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 .

La primera condena se realizó contra Jean Paul Akayesu, ex alcalde de Taba, quien fue condenado por omisión a prisión perpetua en 1998, por el delito de genocidio.

Por medio de la resolución 977 del 22 de febrero de 1995, el Consejo de Seguridad estableció la oficina central del Tribunal en Arusha, Tanzania. Las oficinas del Fiscal y del Tribunal de Primera Instancia están ubicadas en Arusha, mientras que el Tribunal de Apelaciones se ubica en La Haya, Países Bajos. Las primeras acusaciones fueron presentadas en noviembre de 1995, luego de la elección de los primeros jueces.

---

<sup>35</sup> El 21 de abril de 1994, tras la decisión del Secretario General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad vota de forma unánime reducir paulatinamente la Misión UNAMIR, de 2,539 soldados a 270. el Pero a día 20 de abril del mismo año la misión UNAMIR ya se había reducido a 1,515 efectivos, debido a la retirada total del contingente belga (14 de abril) a causa de la muerte de diez de sus soldados. La marcha de los soldados belgas dejó a 2,000 personas sin protección; estas se refugiaron del conflicto en la Escuela Técnica Oficial (ETO), pero fueron asesinadas a los pocos días. El 25 de abril, las fuerzas de la ONU ya habían descendido a 503 soldados. Aun así, Dallaire, consiguió proteger a unos 25.000 ciudadanos durante algunas semanas.

<sup>36</sup> CUERVO CRIALES, B. *Origen y Fundamentos de la Justicia Transicional...*, op. cit., p 127

La creación de los Tribunales de Ruanda, así como la de los demás Tribunales internacionales, constituyen los antecedentes más importantes para la creación de la Jurisdicción Penal Internacional contenida en el Estatuto de Roma que se fundamenta en no dejar en la impunidad los graves crímenes cometidos contra la humanidad. Para tal efecto, busca que se apliquen penas proporcionales a los delitos cometidos y busca no dejar sin condena este tipo de crímenes cometidos por los máximos responsables.

MLADEN OSTOJIC, en una ponencia realizada sobre JTr, expuso que “la creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1994<sup>37</sup> se realizó con la intervención de la OTAN y se alcanzaron los acuerdos de paz de Washington (marzo de 1994), Dayton (noviembre de 1995) y París (diciembre de 1995) entre Bosnia Herzegovina, Croacia y Serbia; que pusieron fin a las hostilidades, establecieron las fronteras entre los nuevos Estados y entre sus comunidades étnicas, y crearon un marco institucional que fue la Corte Constitucional, Comisión de DH, Comisión de desplazados y refugiados para el esclarecimiento de la verdad, la sanción de los responsables y la reparación de las víctimas

*“Sin embargo, este tribunal quedó a disposición de la comunidad internacional para obtener pruebas y arrestar a los acusados sin que existiera un verdadero interés político en hacerlo por parte de los países afectados sobre todo de Serbia y Croacia que eran en ese momento dirigidos por un Gobierno sectario y no querían cooperar con el tribunal por su gran responsabilidad en los crímenes cometidos”<sup>38</sup>.*

La ex-Yugoslavia estaba conformada por Eslovenia, Croacia, Bosnia Herzegovina, Serbia, Montenegro, Kosovo y Macedonia; su desintegración a partir de 1991 generó guerras que sucedieron principalmente en Croacia y Bosnia de 1991 a 1995 y en Kosovo de 1998 a 1999. La guerra en Bosnia, la más violenta, en cuatro años resultó en la muerte de más 100.000 personas y el desplazamiento de más de dos millones, en un país que tenía menos de cuatro millones de habitantes. Estas guerras no fueron convencionales en el sentido de que no fueron

---

<sup>37</sup> Este tribunal fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por medio de la resolución 827 del 25 de mayo de 1993, El Consejo se basó en el eminente peligro que representaba este país para la paz y la seguridad internacional y sirvió para crear más adelante la Corte Penal Internacional. MLADEN, O. *Experiencias compartidas sobre procesos de paz*. IV Congreso Internacional de Derechos Humanos - Justicia Transicional. Universidad Autónoma de Colombia. Bogotá, 2 y 3 de octubre de 2013. pp. 3-4.

<sup>38</sup> OSTOJIC, M. *Justicia Transicional: Transición en la ex Yugoslavia*. IV Congreso Internacional de Derechos Humanos. Bogotá, 2 y 3 de octubre de 2013.

luchadas por ejércitos bien organizados que se enfrentaron los unos contra los otros; en gran medida eso, fueron guerras de aniquilación en las cuales las partes en conflicto intentaron eliminar de forma permanente a comunidades étnicas enteras de los territorios sobre los cuales reclamaban la propiedad. En muchas ocasiones los beligerantes atacaron de manera deliberada y sistemática a los civiles que fueron las víctimas principales del conflicto; para muchos, esas guerras fueron un gran crimen:

En 1993, después de ser creado el TPY, las guerras en Bosnia y Croacia persistían y se creía que con la creación del Tribunal se podrían restringir los crímenes de guerra, pero fue todo lo contrario, porque las mayores barbaries se cometieron después de la creación de este; ya que en Bosnia hubo 8.000 personas muertas por las tropas serbo bosnias y la operación tormenta en Croacia que resultó en el desplazamiento de 200.000 civiles serbios de Croacia y la limpieza étnica en Kosovo

Después del año 2000, con la muerte del presidente Croata, Franjo Tuđman, y el derrocamiento del régimen Milosevic, sube al poder el gobierno demócrata que apoyaba el juzgamiento de los crímenes de guerra, pero los Gobiernos Serbio y Croata fueron más flexibles a la presión extranjera para colaborar con el Tribunal. En consecuencia, EEUU y la Unión Europea condicionaron la ayuda económica y su integración con la entrega de los acusados al Tribunal, sin embargo el TPY fue muy demorado, ya que a Croacia le toma más de 5 años y a Serbia más de 10 años para entregar a todos los acusados por el TPY y algunos generales acusados fueron arrestados en el año 2011.:

Para Mladen OSTOJIC, independientemente de las dificultades para detener a los acusados, no existía una legitimidad en los países afectados por el conflicto y como consecuencia, las personas de esos países permanecieron ignorantes ante el juicio de los autores de los crímenes de guerra y consideraban al TPY que era una amenaza para la estabilidad política del Estado.

Los proponentes del TPY pensaban que el Tribunal podría contribuir a la paz y la reconciliación a través del restablecimiento de la responsabilidad individual y la eliminación de la culpa colectiva de los grupos étnicos. Esta convicción se basaba en una interpretación específica de los conflictos Yugoslavos que atribuían la responsabilidad por el conflicto y los crímenes de guerra a las élites políticas en lugar de factores históricos o estructurales. Los proponentes del TPY creían que las guerras Yugoslavas habían sido diseñadas por los políticos nacionalistas que manipularon a sus electores con el fin de aferrarse al poder; por esta razón los arquitectos del TPY consideraban que el Tribunal debía juzgar a los políticos nacionalistas

para sacarlos del poder y crear un encuentro oficial que formaría la base de una historia compartida de las guerras Yugoslavas. Esa fue la idea y la visión detrás del Tribunal.

En la práctica el funcionamiento del Tribunal estuvo obstruido desde su inicio por falta de voluntad política para arrestar los acusados. Después de los acuerdos de Dayton que pusieron un fin a la guerra en Bosnia en el 95, este país fue puesto bajo la supervisión de la comunidad internacional, pero los países que apoyaron la creación del Tribunal no estaban dispuestos a poner sus soldados en peligro para detener a los acusados; entonces, quedó claro que el Tribunal dependía de la cooperación de los estados afectados por el conflicto para obtener evidencia y arrestar a los acusados.

El problema fue que a través de los años 90 los principales protagonistas del conflicto Serbia y Croacia fueron dirigidos por gobiernos autoritarios, que no quisieron cooperar con el Tribunal por la simple razón que ellos no tenían la responsabilidad política sino criminal por los crímenes de guerra, y por eso, el Tribunal se enfocó inicialmente sobre los perpetradores de bajo nivel a los cuales tenía acceso.

El juicio de Milosevic pretendía que se individualizaran los crímenes de guerra garantizar la verdad a las víctimas; pero ello no sucedió, y por el contrario generó un aumento en la popularidad de Milosevic y también el apoyo a sus ideas políticas, causando confusión al saber distinguir la responsabilidad individual y la colectiva frente a las autoridades serbias. En consecuencia, en vez de promover una transición de perdón, olvido y verdad con el pasado, los juicios internacionales han limitado la posibilidad de conocer esa verdad y reconocer la responsabilidad por los crímenes de guerra y violación de los DH.

Actualmente existe una opinión muy negativa del TPY por la forma en que éste ha actuado, en razón a algunos escándalos después de la muerte de Milosevic, y los fallos muy controvertidos, como la sentencia del líder del partido nacionalista *Vojislav Šešelj*, serbio que fue condenado a 10 años de prisión. El líder militar del ejército de liberación de Kosovo fue exonerado de toda culpa, después de que nueve de los más importantes testigos de la fiscalía fueran asesinados.

En noviembre de 2012 la sala de apelación del TPY absolvió a dos generales croatas, Ante Gotovina y Mladen Markak, que habían sido condenados a 24 y 18 años de cárcel, por haber organizado y dirigido la Operación Tormenta que causó el desplazamiento de más de 200.000 serbios de Croacia. Finalmente, los jueces consideraron que los generales no habían tenido la intención de causar esos desplazamientos. En febrero de 2013 la Sala de Apelación del Tribunal



absolvió al antiguo jefe del ejército yugoslavo, Momcilo Perisic, condenado a 27 años, por haber incitado y asistido atrocidades por las fuerzas serbias en Bosnia y Croacia.

Los jueces consideraron que el apoyo del ejército serbio a los serbio–bosnios no se realizó con la intención de cometer crímenes y las mismas consideraciones se plantearon en el caso de los antiguos jefes de los servicios secretos serbios, Jovica Stanisic y Franko Simatovic, quienes fueron absueltos de cometer atrocidades en Bosnia y Croacia.

En junio de 2013, el magistrado danés Frederik Harhoff, publicó una carta donde denuncia la presión del presidente del Tribunal sobre los otros jueces para absolver a los comandantes serbios y croatas; según él, esta presión fue ordenada por los mandos militares de EEUU e Israel, quienes temían que el TPY estableciera unos estándares legales que pudieran dañar los intereses de esos países; escándalo que ha dañado la credibilidad del Tribunal. Actualmente, los países afectados por el conflicto están llevando juicios por los crímenes de guerra y posiblemente esos juicios no tendrían lugar si no se hubiere creado el TPY, pero parece ser que el remedio fue peor que la enfermedad.

En Camboya, a pesar de que han transcurrido más de treinta años desde la caída de la dictadura de Pol Pot y los Jemeres Rojos, que exterminaron a casi dos millones de camboyanos por razones ideológicas en uno de los mayores genocidios del siglo XX, la reciente puesta en marcha del esquema de JTr acordado entre el gobierno de Pnom Penh y la ONU para el esclarecimiento, la sanción y la reparación de los crímenes del período 1975-1979, ha sido saludada ya como uno de los mayores triunfos del derecho internacional en las últimas décadas. Bajo la denominación de ‘Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya’, el sistema judicial de transición está integrado por un fiscal camboyano, un fiscal extranjero, diecisiete jueces camboyanos y doce jueces extranjeros; tiene un mandato de tres años; aplica el derecho nacional con el complemento del derecho internacional y su prioridad es el juzgamiento de los responsables políticos y militares del genocidio<sup>39</sup>.

En Camboya vemos que el Tribunal se constituye mucho tiempo después de cometido el genocidio, y que se creó para condenar a los responsables del mismo y buscar que las desapariciones, las matanzas y el exterminio que se dio durante este periodo, no quedaran en

---

<sup>39</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional*. Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana Julio Cortázar, Universidad de Guadalajara. México, 26 de octubre de 2007, p. 7.

la impunidad. Se configura uno de los antecedentes que sirvieron de sustento a la creación de la Corte Penal Internacional para el juzgamiento de graves crímenes contra la humanidad.

En España por su parte, más de treinta años después de la aprobación mediante referéndum de la Constitución Democrática del 6 de diciembre de 1978, el gobierno socialista de José Luis Rodríguez Zapatero consiguió la aprobación parlamentaria de la llamada *Ley de la Memoria Histórica*, Ley 52 del 26 de diciembre de 2007, cuyo objeto es

*“Reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, y adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos, todo ello con el fin de fomentar la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones de españoles en torno a los principios, valores y libertades constitucionales.*

*Mediante la presente ley, como política pública, se pretende el fomento de los valores y principios democráticos, facilitando el conocimiento de los hechos y circunstancias acaecidos durante la Guerra civil y la Dictadura, y asegurando la preservación de los documentos relacionados con ese período histórico y depositado en archivos públicos.* “

La ley declara la ilegitimidad genérica del régimen franquista y adopta otras medidas muy saludables (como la ‘desfranquización’ de los espacios y monumentos públicos, la apertura de los archivos oficiales, la exhumación de los restos de desaparecidos y ejecutados bajo la supervisión de las administraciones públicas, y la inclusión de nuevas categorías de víctimas en los planes de indemnizaciones), pero no allana de manera clara el camino a la anulación judicial de las sentencias arbitrarias, la sanción penal de los victimarios y la reparación integral de las víctimas<sup>40</sup>.

Por otra parte, como instrumento de memoria histórica es fundamental para el desarrollo integral del principio de verdad: sin embargo, sería importante definir mecanismos, así sean de carácter extrajudicial, para construir la verdad también desde los mismos victimarios. Es una tarea difícil, pero si se definieran mecanismos para este fin, podría ser muy importante para la memoria histórica.

En Irlanda del Norte, el conflicto norirlandés, uno de los más antiguos y enconados del mundo contemporáneo, pues se remonta al siglo XIX y combina la lucha contra el colonialismo británico con la pugna entre católicos y protestantes, ha vivido su última etapa a partir de 1969. Tras miles de víctimas y años de negociaciones, la guerrilla independentista del Ejército

---

<sup>40</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional*, op. cit., p. 5.

Republicano Irlandés (IRA) decretó una tregua en 1994 que permitió la firma del Acuerdo de Belfast o del Viernes Santo en 1998. La Gran Bretaña ha sido el estado europeo con mayor número de denuncias y condenas por violación de DH ante el Tribunal Europeo de DH de Estrasburgo durante las últimas décadas<sup>41</sup>.

En Mozambique, como consecuencia de su independencia de Portugal en 1975, el país africano se vio envuelto en una guerra civil que duró dieciséis años y concluyó con el Acuerdo General de Paz de 1992 entre las dos guerrillas históricas, Frelimo y Renamo que puso fin a un conflicto que causó un millón de muertos, cuatro millones de desplazados y refugiados, y la devastación del 75% del territorio.

Sierra Leona, país de África occidental, sufrió entre 1991 y 1999 un conflicto armado interno de características atroces, con decenas de miles de víctimas mortales y centenares de miles de refugiados. Concluida mediante el Acuerdo de Paz de Lomé en 1999, que dispuso la creación de una Comisión de la Verdad y una Comisión de Derechos Humanos para la reparación de las víctimas, la guerra civil dio pie a prácticas de barbarie tales como violaciones sexuales masivas, mutilaciones corporales y reclutamiento de niños soldados, además de la explotación de los llamados *diamantes de sangre*. El Tribunal Especial para Sierra Leona en 2002 ha declarado inaplicable la amnistía general decretada en 1999, y ha llamado a juicio a varios dirigentes políticos y militares por su presunta responsabilidad en la comisión de crímenes de guerra y de lesa humanidad durante la contienda intestina.

Sri Lanka, la antigua Ceilán enfrenta un conflicto armado interno desde principios de la década de 1980, con el levantamiento de la guerrilla separatista de los Tigres Tamiles, que ha causado decenas de miles de víctimas y que ha intentado resolverse mediante negociaciones en varias ocasiones; en 2002, se alcanzó un acuerdo de tregua entre el gobierno de Colombo y los Tigres Tamiles, con la mediación de Noruega, que fue adicionado con otro acuerdo sobre desarme y asistencia humanitaria, concluido en Tailandia un año más tarde, en enero de 2003.

En Sudáfrica, la victoria electoral de Nelson Mandela en 1994, al frente de la mayoría negra, puso fin al régimen de discriminación racial vigente en Sudáfrica desde 1948, que propició innumerables violaciones de los DH y provocó un boicot internacional reflejado en la Convención contra el apartheid, adoptada por Naciones Unidas en 1973.

---

<sup>41</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional*, op. cit., p. 6.

El nuevo gobierno auspició la aprobación por el parlamento de la *Ley de Promoción de la Unidad y la Reconciliación Nacional*, que creó en diciembre de 1995 una Comisión de Verdad y Reconciliación, de diecisiete miembros, con el mandato de investigar y documentar los crímenes y actos de violencia política de la etapa del apartheid, entre 1960 y 1994, y ofrecer una amnistía individual a cada imputado que reconociese públicamente, ante las víctimas y los medios de comunicación, su culpabilidad específica. Tras esta admisión de responsabilidad, el Estado renunciaba a la acción penal en contra del individuo y asumía la obligación de indemnizar a la víctima o a su familia. El Estado sudafricano ha renunciado así a su pretensión punitiva frente a los crímenes del período del apartheid, pero a cambio ha garantizado los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación.

Timor Oriental, antigua colonia portuguesa, proclamó su independencia en 1975, pero inmediatamente después fue ocupada por el ejército indonesio. Como resultado del conflicto armado subsiguiente, hubo más de cien mil víctimas mortales en el período de 1980 a 1993. Tras el referéndum de autodeterminación en 1999, que ganaron los partidarios de la independencia por amplia mayoría, Indonesia volvió a invadir el país y a atacar a la población civil, pero retiró sus tropas poco después ante la reacción de la comunidad internacional.

En América Latina tenemos la dictadura en Argentina entre 1976 y 1983<sup>42</sup> en la cual el primer gobierno después de la dictadura creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, CONADEP<sup>43</sup> que documentó en el informe denominado “*Nunca más*”<sup>44</sup>, la desaparición forzada de 8,960 personas, según denuncias debidamente documentadas y comprobadas imputables a servidores públicos, y promovió la persecución judicial de los

---

<sup>42</sup> LAS COMISIONES DE LA VERDAD EN AMÉRICA LATINA. “Tras su fracaso en la política económica, y la derrota en la guerra de Las Malvinas, además del gran repudio internacional por sus graves violaciones a los derechos humanos, a fines de 1983 los militares argentinos se vieron forzados a devolver el poder a los civiles.

En Argentina, los derechos humanos de miles de personas fueron violados en forma orgánica y estatal por la represión de las Fuerzas Armadas, que usaron una “tecnología del infierno” según se pudo comprobar por las miles de denuncias y testimonios de las víctimas. Los organismos de derechos humanos establecen en cerca de 30,000 personas el número de desaparecidos y asesinados en la guerra sucia”. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#arg>

<sup>43</sup> Decreto Ley de creación: D.L. 187/83 del 15 de diciembre de 1983.

<sup>44</sup> CONADEP. *Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas*. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1984. Disponible en: <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/>

principales responsables del régimen militar que fueron condenados, pero que en 1986 fueron cobijados por la ley de *punto final* (1986) y *obediencia debida* (1987)<sup>45</sup>.

Según se indica en dicho informe:

Como consecuencia de la dictadura de Pinochet en Chile (1973-1990), en 1990 se estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación o Comisión Rettig, de ocho miembros, que documentó más de dos mil violaciones individuales de los DH, imputables al régimen militar. En 2004, el gobierno de Ricardo Lagos creó la Comisión para la Prisión Política y los Torturados bajo la consigna de “No hay mañana sin ayer”, que verificó la práctica de torturas en veintiocho mil casos. Sin embargo, tras la muerte del dictador se generó impunidad por estas violaciones<sup>46</sup>.

En El Salvador, la Guerra Civil de El Salvador entre 1979 y 1992 tuvo un proceso de transición mediante la creación de una Comisión de la Verdad entre 1992 a 1993. Ésta presentó un informe en el cual se documentaron veintidós mil casos de violaciones de DH; el 95% de ellas, imputables al Estado. Dos amnistías posteriores dejaron estos crímenes en la impunidad<sup>47</sup>.

En Guatemala, el conflicto armado interno que afectó a este país entre 1962 y 1996 se saldó con más de doscientas mil víctimas de ejecuciones extrajudiciales y la Comisión de Esclarecimiento Histórico, que sesionó entre 1997 y 1999, en su informe final determinó que el 93% de las violaciones de DH en el período 1960 - 1996 era imputable al Estado y que el 83% de las víctimas pertenecía a las comunidades indígenas. Todavía siguen en la impunidad.

Respecto a estos procesos de paz a que se hace referencia en la Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana Julio Cortázar de la Universidad de Guadalajara, México, el 26 de octubre de 2007, es importante plantear algunas inquietudes:

Con excepción del proceso en Sudáfrica y desde los juicios de Nüremberg, se han presentado dos fenómenos en relación con el juzgamiento de graves crímenes contra la humanidad:

---

<sup>45</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional.*, op. cit., p. 1.

<sup>46</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional.* ..., op., cit., p. 4.

<sup>47</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional.*..., op., cit., p. 5.

El primero, referido a la impunidad de los responsables de la comisión de crímenes de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, en el entendido de que han sido muy pocos los responsables que han sido castigados ‘ejemplarmente’, como lo exige la justicia retributiva; de hecho, aunque hubieran sido castigados penalmente, no habrían podido física ni moralmente ‘pagar’ por todo los actos atroces cometidos.

El segundo, hace referencia a que son los mismos Estados los promotores de estas graves violaciones de crímenes contra la humanidad, lo que hace prácticamente imposible que se puedan juzgar a los máximos y verdaderos responsables, como se intentó en Chile y se hizo en Perú, bajo el gobierno de Fujimori.

De estos antecedentes sobre los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra, se ha buscado la judicialización y condena de los responsables, encontrándose varios puntos en común:

Lo primero es tratar de establecer Tribunales *ad hoc*, con el fin específico de no dejar en la impunidad todos estos crímenes. Segundo, en los tribunales internacionales que se han creado son muy pocas las personas que han sido condenadas, de las cuales, y tan solo excepcionalmente, se han juzgado a los máximos responsables; y tercero, los objetivos de estas jurisdicciones *ad hoc* constituyen los antecedentes de la Jurisdicción penal internacional, pero no los antecedentes de la JTr, ya que ningún tribunal ha buscado disminuir las penas de los eventuales responsables, ni tampoco ha buscado la verdad, la reparación a las víctimas o la garantía de no repetición, con excepción de Sudáfrica.

Encontramos en los diferentes procesos de búsqueda de la paz que las comisiones de verdad, en algunos países, han tratado de construir una memoria histórica de manera muy excepcional y parcializada, sin lograr la verdad de lo ocurrido, y que los tribunales *ad hoc* no buscan un proceso de cambio de un estadio a guerra a la búsqueda de la paz, sino que su objetivo es la búsqueda, juzgamiento y condena de los autores de estos crímenes, *ex post*, es decir, después de ocurridos los hechos y no durante el transcurso de los mismos.

Los juicios que se han configurado en estos tribunales han tratado de imponer penas a los autores de estos crímenes con el fin de *hacer justicia*, pero no desarrollan el ámbito de la JTr, cuya finalidad debe ser minimizar el impacto de estos crímenes y garantizar su no repetición.

En la creación de las comisiones de verdad, o incluso en la construcción misma del principio de verdad, que se ha buscado a lo largo de todos estos procesos, hay un factor común, y es que la voluntad política no necesariamente está dirigida a que la verdad se conozca.

Con los primeros tribunales pudimos ver qué, que si bien constituyen las bases de lo que hoy es la Jurisdicción penal internacional, son los mismos Estados que la han propuesto, los que en muchos casos han generado los estadios de guerra, y han contribuido, sea por acción o por omisión, a la realización de estos crímenes. Las razones son de carácter económico y político.

Por ello, las comisiones de verdad no registran realmente a los directos responsables, o los mismos Estados no tienen interés en conocerla. Cosa distinta son las víctimas, que buscan conocer la verdad sobre los sufrimientos que han padecido y, por medio del Estado, obtener mecanismos de reparación.

### **1.3. Fundamentos epistemológicos de la JTr.**

Para tener una idea sobre los fundamentos epistemológicos que dieron origen a la JTr, abordaremos las propuestas teóricas de los tratadistas que han desarrollado el tema para hacer un análisis en relación con los presupuestos teóricos sobre los cuales se expidió la Ley de Justicia Paz en Colombia como una JTr.

O'DONNELL y SCHMITTER<sup>48</sup>, escriben en 1986 por primera vez sobre procesos de transición, de regímenes autoritarios que comenzaron a desmoronarse en el sur de Europa, esto es en Portugal, Grecia y España; y lo que se mantenían en Sur América, al menos, en tres países se mantenían regímenes autoritarios. Plantean que no es la revolución sino la transición la que es necesaria para la construcción de un Estado democrático y definen los conceptos de democratización, liberalización y transición para estudiar los sistemas autoritarios, la política de pactos a nivel político, militar y económico, que han permitido desarrollar procesos de restauración democrática, la resurrección de la sociedad civil y la construcción de espacios políticos.

PERBELLINI<sup>49</sup>, analiza la obra de O'DONNELL y SCHMITTER, publicada en 1986 y veinticinco años después. Considera que la incertidumbre que rodea los procesos de transición a la democracia, y, el miedo al retroceso autoritario, son los aspectos más relevantes de la obra y fue importante porque se escribió en la década de los 80, cuando habían gobiernos autoritarios

---

<sup>48</sup> O'DONNELL / SCHMITTER, *Transitions From Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*. 'With a new foreword by Cynthia J. Arnson and F. Lowenthal'. Ed., Jhon Hopkins University Press, Maryland, 1986, 2013, p. viii.

<sup>49</sup> PERBELLINI, M. *Transiciones a la democracia: temor, incertidumbre y compromiso intelectual y político*. Revista temas y debates 24/ año 16/ julio – diciembre de 2012., p. 159, 162.

en muchos países y la incertidumbre como elemento central de los procesos de transición. O'Donnell y Schmitter van a concebir a la transición como el intervalo que se extiende entre un régimen político y otro. En este caso, desde un determinado régimen autoritario a “alguna otra cosa incierta”. Desde esta incertidumbre, es precisamente que la obra se denomina *transición desde un gobierno autoritario* y no se planteó una transición hacia la democracia.

*“En la historia reciente de nuestros países, las luchas contra el autoritarismo han sido duras, difíciles e inciertas. (...) A esas democracias débiles, incompletas y, en muchos sentidos, decepcionantes, hay que cuidarlas y protegerlas contra los riesgos de un regreso al autoritarismo”*<sup>50</sup>

La propuesta teórica de estos autores hacen referencia al concepto de transición de regímenes autoritarios a gobiernos, más democráticos, o mejor, menos autoritarios, lo cual en el tema que nos ocupa sobre la justicia transición, plantean un espectro más amplio que trasciende el ámbito de la justicia.

MANDELA<sup>51</sup> considera que en la década de los 80 se presentaron regímenes caracterizados por violaciones masivas de derechos humanos. Se presentaron regímenes caracterizados por sistemas antidemocráticos de gobierno y estas sociedades están preocupadas por hacer enormes cambios. Ironicamente, con el advenimiento de la democracia, se deben hacer esfuerzos para lograr un consenso nacional. Estos países buscan recobrar de los traumas y heridas del pasado. Han debido establecer mecanismos no solo, para el manejo de las pasadas violaciones de los derechos humanos, sino también asegurar la dignidad de las víctimas y sobrevivientes.

Para TEITEL<sup>52</sup>, la genealogía de la JTr demuestra, a través del tiempo, una relación cercana entre el tipo de justicia que se persigue y las restricciones políticas relevantes. Actualmente, el discurso está dirigido a preservar un estado de derecho mínimo identificado principalmente con la conservación de la paz<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> G. O'DONNELL. *Transiciones, continuidades y algunas paradojas*, en Cuadernos Políticos, D.F., México, 1986, N° 56, p.19

<sup>51</sup> UNITED STATES INSTITUTE OF PEACE. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Neil J. Kritz Institute. Ed. Institute of Peace Press, USA, 1997, prefacio, p. xi.

<sup>52</sup> Ruti G. TEITEL, aborda en su obra *"Transitional Justice..."*, de manera integral el papel que juega la justicia, principalmente, en momentos de inestabilidad política o como ella describe, momentos de transición de regímenes dictatoriales hacia regímenes democráticos.

<sup>53</sup> TEITEL, R. *Transitional Justice Genealogy*. *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Cambridge, MA, 2003, pp. 69-94.



Los orígenes de la JTr moderna se remontan a la Primera Guerra Mundial. Divide su desarrollo en tres fases: la *primera*, a partir del periodo de la posguerra, después de 1945, culminando con la Guerra Fría, a través de su símbolo más reconocido –los juicios de Nüremberg conducidos por los aliados–; ésta refleja el triunfo de la JTr dentro del esquema del derecho internacional.

Respecto a esta primera fase planteada por TEITEL, considero que no podría hablarse de una justicia de transición<sup>54</sup> como tal, sino de una justicia retributiva *ad hoc*<sup>55</sup> para castigar crímenes contra la humanidad cometidos durante la segunda guerra mundial.

Puede afirmarse sin lugar a equívocos, que los tribunales de Nüremberg constituyeron uno de los primeros antecedentes de la actual Jurisdicción Penal Internacional, pero no de la JTr cuyos fines son bien distintos.

Enjuiciar a algunos de los responsables del holocausto nazi por parte de los países vencedores de la guerra imponiendo penas de prisión y la pena de muerte, sin que existiese una Jurisdicción internacional que así lo estableciera, no constituye el inicio de la JTr; solamente se estableció una forma *ad hoc* de justicia retributiva que no encontró una forma de castigo que fuese proporcional a la magnitud de los crímenes cometidos, porque allí no se conoció la verdad, y menos aún, se reparó a las víctimas; por el contrario, muchas personas murieron como consecuencia de la división territorial<sup>56</sup>, porque si bien es cierto que se sostiene que la disuasión tiene una perspectiva de futuro, queda también en claro que los procesamiento

---

<sup>54</sup> “TRANSITIONAL JUSTICE...” hace referencia al paso de un estado o modo de ser a otra distinta situación o estado intermedio entre uno antiguo o pasado y otro nuevo, al que se llega tras un cambio. Disponible en: <http://es.thefreedictionary.com/transici%C3%B3n>

<sup>55</sup> *Ad hoc*, hace referencia a una locución latina que significa literalmente «para esto», generalmente se refiere a una solución específicamente elaborada para un problema o fin preciso y, por tanto, no generalizable ni utilizable “para otros propósitos”; se usa pues para referirse a algo que es adecuado sólo para un determinado fin o en una determinada situación; en sentido amplio, *ad hoc* puede traducirse como «específico» o «específicamente», o «especial, especializado» también puede considerarse equivalente a «reemplazo» o «alternativa». Disponible en: <http://www.significados.info/ad-hoc/>

<sup>56</sup> HISTORIA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES DEL SIGLO XX. Los dirigentes de la Gran Alianza acordaron establecer una autoridad suprema interaliada en Alemania en la que el poder real residiría en un Consejo Supremo de Control formado por los comandantes militares de las cuatro zonas de ocupación: americana en el sudoeste, británica al noroeste, francesa en el oeste y soviética al este. Disponible en: <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/potsdam.htm>

Nüremberg estuvieron básicamente orientados a justificar y legitimar la intervención de los aliados en la guerra<sup>57</sup>.

La segunda fase según TEITEL es el de la Posguerra Fría que se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Considera que hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad y que el modelo más destacado en esta fase es el modelo restaurativo, cuyo propósito principal fue construir una historia alternativa de los abusos del pasado, generando una dicotomía entre verdad y justicia, que se concentro en un nuevo mecanismo institucional de las comisiones de verdad.

Difiero en esta segunda fase respecto al tema de la JTr, pues los crímenes graves para la humanidad que se cometieron en las diferentes dictaduras, especialmente en los regímenes autoritarios en América Latina, África y la misma Europa, no obedecen a procesos de justicia restaurativa, ni tampoco a la JTr, sino a la búsqueda de sentencias condenatorias frustradas por falta de voluntad política para juzgar y condenar a los máximos responsables. No se logró tampoco, mediante las comisiones de la verdad<sup>58</sup> ningún derecho para las víctimas, en especial, el de la verdad que predicaron estas comisiones.

En Sudáfrica, como hemos visto, se alcanzó una mayor aproximación a este fin bajo el presupuesto sobre el cual, volver a visitar el pasado, es entendido como el modo de avanzar hacia el futuro. Esta idea aparece en toda la literatura de la comisión de verdad. En Sudáfrica se concebía el papel de la Comisión de Verdad y Reconciliación como un *punte* entre el pasado y el futuro<sup>59</sup>.

Por ello considero que este es el proceso que más se acerca al contenido epistemológico de un concepto de JTr. El presidente Nelson Mandela<sup>60</sup> buscó una forma de reconciliación y

---

<sup>57</sup> TAYLOR, T. *The Anatomy of the Nüremberg Trials: A Personal Memoir*, Ed. Alfred A. Knopff Inc., New York, 1992, pp. 22–42.

<sup>58</sup> TEITEL, R., “*Transitional Justice...*”, Op.cit., p. 11: “Una comisión de verdad es un organismo oficial, habitualmente creado por un gobierno nacional para investigar, documentar y divulgar públicamente abusos a los derechos humanos en un país durante un período de tiempo específico”.

<sup>59</sup> Véase *Constitución Política de Sudáfrica*, Cap. 15, No. 251, 1996. (la disposición relativa a “Unidad y Reconciliación Nacional”). Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=182082](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=182082).

<sup>60</sup> MANDELA, N. Ante el Tribunal Supremo de Pretoria, explicando por qué recurrió a la violencia para combatir el racismo, 20 de abril de 1964: “he anhelado el ideal de una sociedad libre y democrática en la que

perdón para poner fin a los crímenes del Apartheid<sup>61</sup>. Si bien no es suficiente desarrollar el principio de verdad y es necesario desarrollar una forma de justicia, esta no es precisamente la justicia de la retribución. Justamente, es en este escenario en el que urge redimensionar el concepto de justicia, no con sentido retribucionista, pero tampoco de impunidad, entendiendo que la justicia de transición no puede tener como objetivo la pena en la forma como se conoce tradicionalmente, sino que es necesario rediseñar su contenido.

La tercera fase, o estado estable de la JTr planteada por TEITEL, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia que se concreta con la creación de la CPI.<sup>62</sup>

La justicia transicional se traslada desde la excepción de la norma, para convertirse en un paradigma del Estado de Derecho. En esta fase contemporánea, la jurisprudencia transicional normaliza un discurso ampliado de justicia humanitaria construyendo una organicidad del derecho asociado con conflictos omnipresentes, contribuyendo así al establecimiento de los fundamentos del emergente derecho sobre terrorismo<sup>63</sup>.

En esta tercera fase, es de notar que se presenta un afianzamiento de los tribunales internacionales que se han creado en el ámbito de la justicia *ad hoc*, y que se consolida con la

---

todas las personas vivan juntas en armonía y con igualdad de oportunidades. Es un ideal por el que espero vivir y que espero lograr. Pero si es necesario, es un ideal por el que estoy dispuesto a morir”.

<sup>61</sup> OACDH. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 21 de diciembre de 1965: “convencidos de que la toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la practica permite justificar en ninguna parte, la discriminación racial y reafirmando que la discriminación entre seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico constituyen un obstáculo a las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y pueden perturbar la paz y la seguridad dentro de los pueblos así como la convivencia de las personas aún dentro de un mismo Estado”, entre otras consideraciones, definen que la discriminación racial es “... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los DH y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida publica”.

\*El 22 de junio de 1988, mediante Ley 26 de 1987, entra en vigor en Colombia la convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, que introduce, en el artículo 2.,: “la expresión ‘crimen de apartheid’ que incluirá las políticas y practicas análogas de segregación y discriminación racial”. Disponible en: <https://www.ictj.org/colombia-linea-tiempo/docs/Ley975/Ley1592.pdf>.

<sup>62</sup> NACIONES UNIDAS. “Estatuto de Roma”. Doc. ONU A/CONF.183/9. 1998. Disponible en: [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto\\_roma\\_corte\\_penal\\_internacional.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html).

<sup>63</sup> TEITEL, R., “Transitional Justice...”, op. cit, p. 7.

creación de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), creada en el Estatuto de Roma. Este análisis de la tercera fase, desarrollado por TEITEL, propone una nueva fase de la JTr.

Sin embargo, lo que se evidencia es que reafirma una vez la postura presentada, en el sentido de que la comunidad internacional ha creado estas jurisdicciones excepcionales con fines de no impunidad y de castigar a los máximos responsables de crímenes graves contra la humanidad, pero realmente no constituyen una fase de la JTr, sino un avance internacional de la Jurisdicción penal, cuando afirma que “el símbolo más reconocido de la normalización de la teoría transicional es el afianzamiento de la respuesta de la fase I en la forma del Tribunal Penal Internacional (TPI)<sup>64</sup>”.

Para JON ELSTER, la JTr está compuesta de los procesos penales, de depuración y de reparación que tienen lugar después de la transición de un régimen político a otro y “la intensidad de la demanda de retribución disminuye con el intervalo de tiempo entre las atrocidades y la transición, y entre la transición y los procesos judiciales”<sup>65</sup>.

La experiencia de la última década desde que se expidió la LJP en Colombia, muestra lo contrario. Con el tiempo, se fue consolidando más y más la idea de la impunidad que generaba la pena alternativa. Los sujetos procesales, las víctimas, los mismos magistrados de las salas fueron creando jurisprudencia para limitar cualquier posibilidad de imponer la pena alternativa, precisamente, por todo lo contrario: pensar que, a medida que pasaba el tiempo, se acercaba cada vez más la tan anhelada pena alternativa para unos (los postulados) y la tan injusta pena alternativa para otros (las víctimas, la sociedad, los operadores judiciales, y el mismo legislador).

Cada vez se exigía una mayor punibilidad en estos procesos, a pesar de haberse logrado en muchos casos, la confesión y construcción de la verdad por parte de los postulados que se acogieron a la ley. Pero esa exigencia no podía recaer de manera directa en la pena alternativa

---

<sup>64</sup> TEITEL, R., “Transitional Justice...”, op. cit., p. 23: “Sin duda, es el legado de la Fase 1 de la justicia de posguerra el que se amplía en el contexto globalizante, en el que la mayor interconectividad internacional permite procesar a los infractores independientemente de su rango o ciudadanía”.

<sup>65</sup> ELSTER, J. *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, 2004, pp. 1, 77. Cambridge: Cambridge University Press. [Trad. Ezequiel Zaidenweg: *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, 2006, pp. 15, 97. Katz Editores, Buenos Aires, 2006]. Jon ELSTER es un teórico social y político noruego que ha publicado trabajos sobre filosofía de las ciencias sociales y teoría de la elección racional. Es un miembro del marxismo analítico y un crítico de la economía neoclásica y de la teoría de la elección pública, basándose para ello en consideraciones comportamentales y psicológicas.

que estaba claramente definida en la ley, sino que se generó por vía judicial, inicialmente, por el vacío que dejó la LJP que no estipuló desde cuando se empezaba a contar el tiempo de privación de la libertad por cuenta de la JTr; y 10 años después, con la interpretación según la cual la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva solo procede, desde la postulación, entre otros requisitos como se indicó en la Sentencia C-014 de 2015 de la Corte Constitucional. .

Esto desbordó ostensiblemente la propia Jurisdicción de justicia y paz, hasta el punto que se crearon los patrones de macrocriminalidad<sup>66</sup> con el fin de no relatar todos los hechos sobre los crímenes cometidos, sino enunciar algunos de ellos e integrarlos en un patrón específico, lo que será objeto de estudio en el capítulo cuarto de este trabajo.

ARDILA<sup>67</sup> por su parte, entiende que los mecanismos de JTr abordan la herencia de violaciones de los DH y el DIH durante la transición de una sociedad que se recupera de un conflicto o un régimen autoritario, y que los arreglos judiciales o no que se den, “*se establecen para garantizar la moralidad de su vuelta o avance a la normalidad*”<sup>68</sup>.

Considerar que la JTr pueda garantizar la *moralidad* después de un proceso de guerra o de régimen autoritario, es una utopía. Ni el Derecho penal tradicional, que se fundamenta en la pena, ni la justicia de excepción o los tribunales *ad hoc*, pueden garantizar la moralidad, pues, este es un criterio de carácter subjetivo, que es imposible de medir.

A pesar de esto, se ha hecho evidente la necesidad de una expresión de los principios morales que satisfaga a las víctimas, y esto ha redundado en que los mismos funcionarios desborden su función al exigir de los postulados manifestaciones de arrepentimiento lo ‘suficientemente fuertes’ que permitan vislumbrar la realidad del arrepentimiento. Estas exigencias, que se imponen con mayor fuerza cada día, generan un sentimiento de frustración que hace que la forma de compensar esta percepción de ausencia, sea mediante el detrimento de otras garantías, como la libertad.

---

<sup>66</sup> FGN. Directiva 001 del 04 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>.

<sup>67</sup> ARDILA, D. *Justicia transicional: principios básicos*. ILSA, 2006., p.1. Disponible en: <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>.

<sup>68</sup> VALENCIA, V. *Diccionario de Derechos Humanos*, Ed. Espasa, Madrid, 2003.

Atendiendo lo mencionado, se logra ver en el proceso actual de justicia y paz que los derechos de los postulados se han flexibilizado de tal manera que, a pesar de haber transcurrido 10 años de la expedición de la LJP, no se ha logrado la libertad sobre el máximo de la pena alternativa, precisamente porque los funcionarios judiciales encargados de juzgar estos crímenes emiten fallos sobre el criterio de la moralidad, aunque ello no se manifieste de manera expresa. Sin embargo, se piden manifestaciones de arrepentimiento real y pedimentos de perdón, conductas lo suficientemente convincentes para satisfacer este criterio de moralidad, dependiendo de cada funcionario y víctima. Y, en el fondo, los derechos que se niegan y flexibilizan atienden a este concepto.

Según el informe presentado por el Secretario de Seguridad de las Naciones Unidas, la justicia de transición abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación<sup>69</sup>

Esta última postura no se configura dentro del campo de la JTr porque el fundamento de la misma, si bien es buscar dar solución a los problemas de crímenes a gran escala, no busca que los responsables rindan cuentas de sus actos en la forma como el autor plantea: esto es, que sean juzgados, pues los que actualmente han sido postulados a proceso de JyP, no son los máximos responsables. Ellos son, en su gran mayoría, autores materiales, y los pocos comandantes de los grupos organizados al margen de la ley han manifestado en sus versiones que recibieron órdenes de autoridades del Estado, de políticos o de los dueños de grupos económicos que no se encuentran versionando en JyP.

Según VALENCIA<sup>70</sup>, bajo este neologismo –JTr–, tomado de la lengua inglesa, se conoce hoy todo el conjunto de teorías y prácticas derivadas de los procesos políticos por medio de los cuales las sociedades tratan de ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacen justicia a las víctimas de dictaduras, guerras civiles y otras crisis de amplio espectro de larga duración, con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática. La búsqueda de

---

<sup>69</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (SGNU), *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 3 de agosto de 2004, p. 6.

<sup>70</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional*. Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana Julio Cortázar, Universidad de Guadalajara. México, 26 de octubre de 2007, p. 1.

la justicia para las víctimas, para este autor, es uno de los aspectos relevantes en tratándose de JTr, y solamente amerita su restricción en busca de la paz o la reconciliación.

MICHAEL WALZER, por su parte, emplea la fórmula latina *jus post bellum* (el derecho, o la justicia, tras la guerra) para aludir a la misma cuestión, la cual considera tributaria de la doctrina de la guerra justa<sup>71</sup>. Se parte del presupuesto del *ius ad bellum* como forma de legitimidad de la guerra, y en ese sentido la guerra no configura actos criminales.

En el documento elaborado por el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, llamado *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia* se señala que la justicia de transición (JTr) hace referencia a aquellos procesos transicionales mediante los cuales se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia mediante negociaciones políticas entre los diferentes actores, que sean satisfactorias para todas las partes. A su vez, estos procesos están regidos por exigencias jurídicas que se concretan en el imperativo de individualizar y castigar a los responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos en la etapa previa a la transición.

En dicho documento se indica que:

*“De esa manera, mientras que las exigencias jurídicas antes mencionadas buscan proteger cabalmente los derechos de las víctimas de tales crímenes a la justicia, la verdad y la reparación, las necesidades de paz y de reconciliación nacional propias de los procesos transicionales presionan en dirección opuesta, pues para que los responsables de crímenes atroces decidan aceptar dejar las armas y llegar a un acuerdo de paz, resulta necesario que encuentren incentivos atractivos para hacerlo, tales como el perdón y el olvido de sus actos.*

*De ahí que pueda afirmarse que, en el marco de un proceso transicional basado en negociaciones de paz entre actores armados, así como la impunidad resulta una opción imposible, desde el punto de vista ético y jurídico, la posibilidad de una justicia retributiva plena parece también quedar excluida. Ello no obsta, sin embargo, para que las fórmulas específicas ideadas para lograr una transición exitosa puedan incluir exigencias importantes de justicia retributiva, así como dosis sustanciales de perdón”.*<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> WALZER, M. *Reflexiones sobre la guerra*, Ed. Paidós, Barcelona, 2004, pp. 18, 169, 170, 172 y 174.

<sup>72</sup> UPRIMY Y. / SAFFON S. *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Ed. Arthropos, Bogotá, 2006, pp. 13-35.

De acuerdo con su contenido, existen cuatro tipos de JTr, según lo establece el documento del Centro de Estudios mencionado, se distinguen por el mayor o menor peso que le otorgan al castigo de los victimarios y a la garantía de los derechos de las víctimas o, en cambio, al perdón de los crímenes cometidos por aquéllos y al olvido de los hechos ocurridos (p. 22).

Los tipos de transición se dividen según su contenido y según su elaboración. Los primeros son los perdones amnésicos, compensadores, responsabilizantes y transiciones punitivas; los segundos, hacen referencia a la justicia impuesta, las auto amnistías, los perdones recíprocos y las transiciones democráticamente legitimadas.

Los *perdones amnésicos* hacen referencia a aquellas amnistías generales que no contemplan estrategias para el esclarecimiento de la verdad o para la reparación de las víctimas. Buscan facilitar las negociaciones entre los actores y la reconciliación nacional a través del olvido. Ejemplos: España y las amnistías que ha habido en Colombia.

Los *perdones compensadores*, son aquellas amnistías generales acompañadas de la implementación de comisiones de verdad y de algunas medidas de reparación de las víctimas. Buscan compensar el perdón otorgado a los responsables con medidas de recuperación de la verdad histórica y de reparación de las víctimas. Ejemplos: Chile y El Salvador.

Los *perdones responsabilizantes* implementan un establecimiento de una comisión de verdad, la exigencia de la confesión total de crímenes atroces, la previsión de ciertas reparaciones, y el otorgamiento de perdones individuales y condicionados para algunos crímenes. Buscan lograr un equilibrio entre las exigencias de justicia y perdón, que haga posibles la transición y la reconciliación, intentando en todo caso individualizar responsabilidades. Ejemplo: Centroamérica.

Las *transiciones punitivas* implementan el establecimiento de tribunales *ad hoc* para castigar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Buscan demostrar que sólo por medio del castigo de los responsables es posible fundar un orden democrático nuevo, fundado en el respeto de los DH. Ejemplos: Núremberg, Ruanda y Yugoslavia.

La *justicia impuesta* es la imposición de la justicia por un soberano o por la parte victoriosa en un conflicto. Busca castigar unilateralmente a los infractores de DH e imponer un nuevo orden democrático fundado en su respeto. Ejemplos: Bosnia, Núremberg.

En las *auto amnistías*, los victimarios se otorgan a sí mismos amnistías, como condición para permitir la transición. Dejan impunes los crímenes de guerra y de lesa humanidad



cometidos por los victimarios, a fin de que éstos permitan que la transición a la democracia tenga lugar. Ejemplos: Argentina, Chile.

Mediante los *Perdones recíprocos*, Los actores armados de una guerra civil se conceden perdones recíprocamente, como consecuencia de un acuerdo de paz logrado entre ellos. Busca que los actores armados concedan perdón a los otros actores armados, a cambio de ser ellos perdonados. Todo en pro de la reconciliación nacional. Ejemplos: Centroamérica.

Las *Transiciones democráticamente legitimadas* se refieren al alcance de la transición a través de negociaciones de paz entre los actores armados, de discusiones sociales más amplias e incluso de formas de consulta a la ciudadanía.

Buscan garantizar la participación activa de la sociedad civil<sup>73</sup> en general, y de las víctimas en particular, en el proceso transicional, a fin de dotarlo de legitimidad democrática. Ejemplos: Sudáfrica, Irlanda del Norte y Uruguay.

Según VALENCIA VILLA<sup>74</sup>, con excepción de dos episodios históricos muy peculiares, la caída de la oligarquía en la Atenas clásica, en 411 y 403 antes de Cristo, y la restauración de la monarquía en la Francia napoleónica, en 1814 y 1815, que por su antigüedad no pueden invocarse como precedentes, todas las experiencias de JTr en sentido estricto se registran en nuestra época.

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, en efecto, numerosos estados africanos, latinoamericanos, asiáticos y europeos, han vivido complejos y desafiantes procesos de transición política a la democracia y a la paz, y han ensayado diversas fórmulas para combinar verdad, memoria, castigo, depuración, reparación, reconciliación, perdón y olvido, en un esfuerzo inédito por ponerse en regla con su propio pasado de barbarie e impunidad, honrar a los damnificados de la injusticia política y establecer o restablecer un constitucionalismo más o menos funcional.

---

<sup>73</sup> RAWLS, J. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Ed. Paidós, Barcelona. 2006, p. 421. “En la sociedad civil, el hombre vale porque es hombre, y no porque sea judío, católico, protestante, alemán o italiano [...] La combinación de individuos autosuficientes, organizados en un sistema de necesidades y la provision de seguridad para sus personas y su propiedad por medio de un sistema de justicia, da lugar, en palabras de HEGEL, a una universalidad formal”.

<sup>74</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia Transicional*,...op, cit., p. 1.

Según lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que La LJP<sup>75</sup> no delimitó el concepto de JTr; el estado olvidó este detalle en su expedición, que trató de resarcir con la expedición de la Ley de víctimas<sup>76</sup>, y la definió como los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales, asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

El concepto de JTr, propiamente dicho, no está claramente definido si se tienen en cuenta los antecedentes expuestos, en el sentido de que no se establecen diferencias sustanciales entre los tribunales de la justicia ordinaria que buscan, a partir de una justicia retributiva y de delación, juzgar crímenes graves contra la humanidad, y tribunales de transición que, mediante la confesión de los postulados de los hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, se someten a la ley a cambio de una pena alternativa y exige el cumplimiento de los principios de verdad, justicia y reparación<sup>77</sup>.

Los teóricos que hemos enunciado definen la transición como el intervalo entre un régimen político a otro, con el fin de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores y los elevan a una categoría política (O'DONNELL Y SCHMITTER)<sup>78</sup>, afirman que la intensidad de la demanda de retribución disminuye con el intervalo de tiempo entre las atrocidades y la transición, y entre la transición y los procesos judiciales (ELSTER)<sup>79</sup>, plantean que el fin es que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la

---

<sup>75</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005.

<sup>76</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 1448 de junio 10 de 2011. “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. art. 8. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>.

<sup>77</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 1448 de 2011.

<sup>78</sup> O'DONNELL / SCHMITTER, *Transitions From Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*. ‘With a new foreword by Cynthia J. Arnson and F. Lowenthal’. Ed., Jhon Hopkins University Press, Maryland, 2013, p. viii.

<sup>79</sup> ELSTER, J. *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, 2004. [Trad. Ezequiel Zaidenweg: *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, 2006, pp. 15, 97; 2006, pp. 1, 77

reconciliación (CSNU)<sup>80</sup>, que es necesario ajustar cuentas con un pasado de atrocidad e impunidad, y hacer justicia a las víctimas de dictaduras y guerras civiles con el propósito de avanzar o retornar a la normalidad democrática (VALENCIA)<sup>81</sup>, o la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia, mediante negociaciones (UPRIMY/SAFFON)<sup>82</sup>.

Parece ser que hay unanimidad en plantear que la mayor dificultad que se presenta para delimitar el concepto de JTr es la dicotomía existente entre la justicia retributiva y la disminución de la pena, en la medida en que esta última afecta a las víctimas y se trata de buscar una forma de satisfacción para éstas, que no se va a encontrar en el ámbito del Derecho penal, y menos aún, a partir de la sustitución de una pena ordinaria por una pena alternativa.

Desde la entrada en vigencia de la LJP, se afirma por parte de los académicos, los abogados, la magistratura y por la sociedad en general que la LJP es una *ley de impunidad*.

Estas afirmaciones estimulan el quehacer académico para encontrar que el verdadero problema en definir la JTr radica en romper el paradigma del merecimiento del castigo, del imperativo categórico de la retribución justa, de la proporcionalidad entre el castigo y el delito cometido, pero sobre todo, el concepto que trasciende el ámbito de lo jurídico de carácter moral y religioso, que se ha interiorizado en las sociedades a partir de la compensación del castigo, aún más allá del derecho a la vida.

Como lo hemos planteado con anterioridad<sup>83</sup>, la JTr es una jurisdicción mal llamada de transición, teniendo en cuenta que un proceso de transición, como hemos visto, requiere de un cambio de un estadio de guerra a un estadio de paz o de un Estado dictatorial, Estado autoritario a un Estado democrático.

Es la posibilidad de reconciliación de todos. No solo de los autores materiales de los crímenes cometidos, sino de aquellos que nunca aparecen, aquellos que han generado las

---

<sup>80</sup> SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Informe del Secretario General al CSNU., 3 de agosto de 2004, p. 6.

<sup>81</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional*, op.cit.

<sup>82</sup> UPRIMY Y. / SAFFON S. *¿Justicia transicional sin transición?* Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, pp. 13-35.

<sup>83</sup> INFORME FINAL DE INVEIGACION. *Criterios de aplicación del Derecho penal Internacional y el Derecho penal Colombiano en los procesos de la Ley de Justicia y Paz*. Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, 2014, p. 53.

causas de tales atropellos; en general, aquellos que definitivamente son los verdaderos autores de las guerra y de las atrocidades, pero que no participan en el esclarecimiento de la verdad.

La LJP se asemeja más a una política de delación que a una política de transición, pues si bien es cierto que se expidió la Ley 975 de 2005 con unos cambios en el proceso y en el quantum punitivo, en nada afectó la posible solución del conflicto armado. Se pudo percibir sí, que el fundamento para su expedición fue la ‘búsqueda de la paz’ como una forma de justificar su entrada en vigencia, pero su fin primordial era el desmantelamiento de los grupos armados organizados al margen de la ley.

La expedición de la LJP en Colombia parte del presupuesto de la existencia de un Estado democrático, pluralista y participativo, según la Constitución Política. Parte, además, del presupuesto de la existencia de un conflicto armado, lo que supondría que el proceso de transición estaría dirigido a dirimir ese conflicto interno con el fin de lograr la paz y la reconciliación nacional. Sin embargo, parece más la creación de una nueva política de delación y arrepentimiento para disminuir penas, que la implementación de una verdadera política de paz, en el entendido de que el nacimiento de la LJP en Colombia surgió en pleno conflicto armado, se ha desarrollado en pleno conflicto armado y aún después de una década se sigue manteniendo el conflicto armado. En estos momentos en los que se vislumbra un Acuerdo de Paz con las FARC, no se aplicara esta Ley sino que se creará una Jurisdicción Especial para la Paz, precisamente, porque la Ley de JyP no cumple los principios básicos de lo que es la Jtr.

Lo único que ha cambiado es que los postulados que de manera individual o colectiva se han desmovilizado, han versionado sobre los hechos ocurridos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo, cumpliendo los requisitos que exige la ley, a cambio de una pena alternativa que cada vez se vislumbra más lejos, porque la ley no dijo desde qué momento se empezaban a contar el período de entre cinco y ocho años. Al día de hoy, ya no es posible imponer penas menores de ocho años, porque la gran mayoría de los postulados ya cumplieron la pena máxima alternativa.

Por otra parte, en relación con la desmovilización colectiva de los grupos de Autodefensas tampoco se puede predicar un proceso de transición, en el entendido de que se mantiene el conflicto armado; que no todos los grupos de autodefensas se desmovilizaron, que no se ha logrado la paz debido a que, como organización armada particular, no tenía confrontación bélica con el Estado sino con la subversión, que mantiene todavía su estado de beligerancia con las fuerzas armadas del Estado.

Los grupos de Autodefensas se desmovilizaron en virtud de esta ley; los guerrilleros también se han desmovilizado de manera individual, pero en ninguno de los dos escenarios se ha terminado la guerra, ni se va a terminar, porque en esta ley no cobija a los verdaderos responsables de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en aras del conflicto armado.

#### **1.4. Marco jurídico de la LJP**

El marco normativo de la JTr en Colombia está compuesto por la Ley 975 del 25 de julio de 2005, por el marco jurídico para la paz que reformó la Constitución Política, la Directiva expedida por la FGN sobre la política de priorización y enfoque diferencial, la Ley 1592 de 2012 que reformó la Ley 975, el Decreto 3011 de 2013 que reglamenta la Ley 1592, y las decisiones proferidas, tanto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como por la Corte Constitucional Colombiana.

##### **1.4.1. LJP**

La JTr se implementó en Colombia en virtud de la Ley 975 de 2005 para la reincorporación de los miembros de los grupos organizados al margen de la ley que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, cuyo objeto es facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas de la verdad, la justicia y la reparación.

La Ley 975, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, entró en vigencia el 25 de julio de 2005. Contrario sensu a la promulgación y vigencia de cualquier otra ley, contempló en su artículo 72 que “se aplicará únicamente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia...”. Esto de entrada, constituye un caso *sui generis* de retroactividad de la ley penal.

El objeto de la LJP<sup>84</sup> es facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley – el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques,

---

<sup>84</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. art. 1.

frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones – garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, que son los principios fundamentales de la LJP.<sup>85</sup>

En desarrollo de los principios de verdad, justicia y reparación, la LJP busca facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley que garanticen los derechos a las víctimas y regula todo lo relacionado con la investigación, procesamiento, sanción y beneficios de los postulados pertenecientes a grupos armados al margen de la ley como autores o partícipes de hechos ocurridos durante y con ocasión de su pertenencia a dichos grupos.

La sentencia C-370 de 2006, mediante la cual se declara la exequibilidad de la Ley 975 de 2005, delimitó el campo de acción, en el entendido que:

*“Dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado de Derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de Paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado “justicia transicional” o “justicia de transición”, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción”.*

Según informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas del 3 de agosto de 2004, la justicia de transición abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado

---

<sup>85</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, op. cit., arts. 6, 7 y 8.

de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación<sup>86</sup>.

Se entiende entonces que los mecanismos de la justicia transicional abordan la herencia de violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario durante la transición de una sociedad que se recupera de un conflicto o un régimen autoritario.

A propósito de este informe, la Corte Constitucional en su sentencia C-370 del 2006 señaló que:

*“... la anterior declaración pone de manifiesto la admisión de una nueva noción de justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de Justicia que opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los derechos humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”<sup>87</sup>.*

Le Ley 975 de 2005 incorporó la pena alternativa como beneficio – sanción para quienes se desmovilizaran, dejaran las armas y decidieran contribuir, mediante su confesión y colaboración en la búsqueda de la paz –, para lo cual estableció los principios de verdad, justicia

---

<sup>86</sup> SGNU. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Informe del Secretario General al CSNU, 3 de agosto de 2004.

<sup>87</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, num. 4.2.4 y 4.2.5. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>.

y reparación como mecanismos para lograr tal fin, exigiendo a los postulados requisitos de elegibilidad, dependiendo de si su desmovilización era colectiva<sup>88</sup> o individual<sup>89</sup>.

Se dispusieron mecanismos de investigación y juzgamiento especiales, mediante la creación de un proceso sumario que no era susceptible de controversia a través de un juicio oral, público y contradictorio. Solamente se establecieron diligencias de versiones libres de los postulados para que dijieran la verdad de lo ocurrido durante y con ocasión de su pertenencia al grupo. Las

---

<sup>88</sup> Art. 10. “Reglamentado por el Decreto Nacional 423 de 2007”. Requisitos de elegibilidad para la desmovilización colectiva. Podrán acceder a los beneficios que establece la presente Ley los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, cuando no puedan ser beneficiarios de algunos de los mecanismos establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que se encuentren en el listado que el Gobierno Nacional remita a la Fiscalía General de la Nación y reúnan, además, las siguientes condiciones:

10.1 Que el grupo armado organizado de que se trata se haya desmovilizado y desmantelado en cumplimiento de acuerdo con el Gobierno Nacional.

10.2 Que se entreguen los bienes producto de la actividad ilegal.

10.3 Que el grupo ponga a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la totalidad de menores de edad reclutados.

10.4 Que el grupo cese toda interferencia al libre ejercicio de los derechos políticos y libertades públicas y cualquiera otra actividad ilícita.

10.5 Que el grupo no se haya organizado para el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.

10.6 Que se liberen las personas secuestradas, que se hallen en su poder. Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2006, por los cargos examinados, en el entendido de que también deben informar en cada caso sobre la suerte de las personas desaparecidas.

Parágrafo. Los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se encuentren privados de la libertad, podrán acceder a los beneficios contenidos en la presente Ley y a los establecidos en la Ley 782 de 2002, siempre que en las providencias judiciales correspondientes se determine su pertenencia al respectivo grupo.

<sup>89</sup> Art. 11. Reglamentado por el Decreto Nacional 423 de 2007. Requisitos de elegibilidad para desmovilización individual. Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se hayan desmovilizado individualmente y que contribuyan a la consecución de la paz nacional, podrán acceder a los beneficios que establece la presente Ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

11.1 Que entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía.

11.2 Que haya suscrito un acta de compromiso con el Gobierno Nacional.

11.3 Que se haya desmovilizado y dejado las armas en los términos establecidos por el Gobierno Nacional para tal efecto.

11.4 Que cese toda actividad ilícita.

11.5 Que entregue los bienes producto de la actividad ilegal, para que se repare a la víctima cuando se disponga de ellos. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 de 2006.**

11.6 Que su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes o el enriquecimiento ilícito.



audiencias de imputación y formulación de cargos para la aceptación de los hechos y cargos formulados por la Fiscalía y el incidente de reparación integral para las víctimas, no fueron suficientes para lograr el efectivo desarrollo del principio de verdad.

El 19 de junio de 2012, el Congreso de la República aprobó el Marco Jurídico para la Paz, que establece una estrategia de JTr que incluye el establecimiento de prioridades y la selección en relación con los casos contra los máximos responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Esto fue reglamentado mediante una Directiva de la Fiscalía General de la Nación que autoriza el abandono condicionado de todos los demás casos que no han sido seleccionados y la suspensión de determinadas sentencias. La Fiscalía continúa siguiendo de cerca la aplicación de estas medidas.<sup>90</sup>

La Ley 1592 del 3 de diciembre de 2012, introdujo modificaciones a la Ley 975 de 2005. Reformó lo concerniente a la investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales de las personas vinculadas a grupos armados organizados al margen de la ley, como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, que hubieren decidido desmovilizarse y contribuir decisivamente a la reconciliación nacional, aplicando criterios de priorización en la investigación y el juzgamiento de esas conductas; incorporando los procedimientos para determinar la política de priorización y el enfoque diferencial; desarrollando la vocación reparadora de los bienes entregados, ofrecidos y denunciados; buscando la celeridad en los asuntos que se debatan en audiencia y determinando el alcance de la versión libre, la confesión, la imposición de medidas cautelares y medidas de aseguramiento e introduciendo modificaciones al procedimiento en virtud del principio de celeridad.

El decreto 3011 del 26 de diciembre de 2013, que reglamentó las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012, definiendo los criterios, de manera concreta, que se deben seguir para la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, por una no privativa de la libertad.

Después de 10 años de la expedición de la Ley 975 de 2005, un gran número de leyes se han expedido para atender sus presupuestos. Sin embargo, vemos que estos esfuerzos

---

<sup>90</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva No. 0001, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”, 04 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.Fiscalía.gov.co/colombia/wpcontent/uploads/2012/10/Directiva001.pdf>.

normativos no son precisamente, las herramientas jurídicas que van a hacer realidad la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, mientras que no se incorporen todos los actores y autores del conflicto en el escenario de la JTr.

#### **1.4.2. Marco jurídico para la paz, priorización y enfoque diferencial.**

Nueve años después de expedida la Ley 975, el Estado reformó la Constitución Política de Colombia mediante acto legislativo 01 del 31 de julio de 2012, estableciendo instrumentos para la JTr en el *marco jurídico para la paz*, en el cual se determinó que:

*“Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para los colombianos; y garantizara en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una Ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado, para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”<sup>91</sup>.*

En sentencia C - 579 de 2013 la Corte Constitucional

*“Constató que la reforma introducida mediante el Acto Legislativo demandado partió de la base de que para lograr una paz estable y duradera es necesario adoptar medidas de justicia transicional. En ese sentido dispuso: (i) la creación de criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; (ii) la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y; (iii) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento. (Lo subrayado fuera de texto).*

*[...] En cuanto a imputar los delitos solo a sus máximos responsables, la Corte consideró que el Estado no renuncia a sus obligaciones por las siguientes razones: (i) la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión; y (ii) se contribuye eficazmente a desvertebrar macroestructuras de criminalidad y revelar patrones de violaciones masivas de derechos humanos, asegurando en últimas la no repetición”<sup>92</sup>.*

---

<sup>91</sup> ACTO LEGISLATIVO DEL 01 DE JULIO DE 2012, Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de Justicia Transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. art. 1. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/07/Acto-Legislativo-01-de-2012.pdf>.

<sup>92</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-579 de 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>.

Sobre este aspecto en particular, es importante referirnos a los procesos penales de la LJP, en los cuales la priorización ha impedido que se aclare la verdad, en cuanto que solo se indica un patrón con base en un delito, pero que omite la verdad de cada situación, ya que literalmente se incorporan todos los hechos en un solo patrón, lo que hace inocua la versión de los postulados; y, por otra parte, se desconocen a los autores materiales de muchos de los hechos que se le imputan a los priorizados, que no son máximos responsables, pues en este proceso, si bien hay personas priorizadas, esto no quiere decir que sean los máximos responsables.

Tres meses después de reformada la Constitución, mediante la Directiva 0001 del 04 de octubre de 2012, la FGN adoptó, tanto para la Jurisdicción ordinaria, como para la LJP, unos *criterios de priorización* de situaciones y casos, creando un nuevo sistema de investigación penal y de gestión, en el que se establecen los conceptos, definiciones y fines de la política de priorización y su justificación constitucional para la implementación de estos criterios y los alcances en el contexto nacional.

En esta directiva se adoptan los conceptos de análisis criminal, plan criminal, casos priorizados no imputables a una organización delictiva, contexto, criterios, políticas y fines de la priorización, máximo responsable, patrones criminales, reglas y test de priorización y situaciones priorizables.

Se indicó que la priorización es una técnica de gestión de investigación penal que permite establecer un orden de atención entre reclamos ciudadanos de justicia equivalentes, con el fin de garantizar, en la mayor medida posible, el goce del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, y afirmando que de manera alguna la priorización equivale a una extinción de la acción penal, en relación con los casos no priorizados o con una renuncia al deber de investigar y sancionar las conductas delictivas.

Con posterioridad a la Directiva de la Fiscalía, el 03 de diciembre de 2012, se expide la Ley 1592 que reforma la Ley 975 de 2005 en relación con el proceso, la exclusión, las víctimas, los principios, pero especialmente, incorporando la política de priorización a la LJP que:

*“Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, el Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal que tendrán carácter vinculante y serán de público conocimiento [...] estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos*

responsables. Para estos efectos, la Fiscalía General de la Nación adoptará mediante resolución el “Plan Integral de Investigación Priorizada”<sup>93</sup>.

Dentro del plan de acción de casos a priorizar por parte de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz se argumentó que en el marco de la normatividad<sup>94</sup>,

*“se han cimentado las bases para la búsqueda de una Paz sostenible y duradera, afianzando el deber del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario cometidas por los actores armados dentro del conflicto armado interno”.*

En el Plan de Acción de Casos a Priorizar se afirma que:

*“Debido a la dimensión no esperada que debió afrontar el aparato judicial diseñado para tal fin por parte de la Fiscalía General de la Nación y la Judicatura, al tener que procesar bajo este esquema judicial especial a más de 32.500 desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley y con un registro de más de 417 mil hechos delictivos reportados por las víctimas del conflicto armado atribuidos a estas, hizo que los resultados después de 6 años de entrada en vigencia de las disposiciones legales, no fueran los esperados por las mismas víctimas, la sociedad, el País y la comunidad internacional.*

*Hasta el momento, se han proferido 14 sentencias, ninguna de ellas contra quien ostentara la doble condición de máximos responsables y miembros representantes. En igual forma, se observa que las sentencias no atienden con suficiencia hechos criminales que reflejen patrones de macro-criminalidad y macrovictimización, que permitan consolidar aspectos esenciales de reconstrucción histórica de los hechos cometidos en el orden geográfico, político, económico, social, incluyendo la descripción de estrategias de la organización delictiva, sus dinámicas locales, regionales, nacionales, aspectos logísticos, modus operandi, actores públicos y privados, entre otros.*

*Para alcanzar los objetivos indicados, el Estado adoptó medidas que permitan al proceso ser más efectivo y eficiente, incluyendo nuevos instrumentos de justicia transicional, con el fin de materializar en favor de las víctimas los derechos y garantías a la verdad, justicia, reparación integral, al igual que propiciar una reintegración a la vida civil de los miembros de las organizaciones armadas al margen de la ley que se desmovilizaron y fueron postulados por el Gobierno Nacional, presentando ante el Congreso de la República proyectos de reforma Constitucional y legal”<sup>95</sup>.*

---

<sup>93</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1592 DE 2012, “Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 [...] Artículo 13. La Ley 975 de 2005 tendrá un nuevo artículo 16A del siguiente tenor: Artículo 16A. Criterios de priorización de casos”.

<sup>94</sup> “En el marco del proceso de justicia transicional adoptado por Colombia en virtud de la expedición de la Ley 975 de 2005, complementada por las leyes 1424 de 2010, y 1448 de 2011”.

<sup>95</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Plan de acción de casos a priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la paz*. Bogotá, 10 de enero de 2012. p. 1. párr. 2. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf>.

Así es como FGN toma la decisión de adelantar investigaciones contra 16 postulados miembros de los Grupos Organizados al margen de la ley como máximos responsables de los crímenes de sistema, representados en los delitos de lesa humanidad, de guerra y contra el DIH, perpetrados de manera directa o por los integrantes bajo su mando. Igualmente se tomó la decisión de adelantar las investigaciones por los delitos de Homicidio en Persona Protegida, Desaparición Forzada, Desplazamiento Forzado, Secuestro, Reclutamiento Ilícito, Violencia basada en Género y aquellos hechos que en la regiones ocasionaron mayor conmoción por la gravedad y barbarie en que fueron cometidos, e inicia una nueva etapa en el proceso de JTr que es necesario analizar a la luz del Derecho penal Internacional (DPI) y de la misma dogmática del Derecho penal.

Los criterios de priorización que se presentaron en la Directiva 001 son:

*Los subjetivos*<sup>96</sup>, que tienen dos connotaciones: desde el autor y desde la víctima. Se afirma en la Directiva que la persecución de aquellos que cargan un nivel más alto de responsabilidad permite incrementar el alcance simbólico y real de las providencias judiciales y un mayor índice de justicia para las víctimas, y que para determinar el nivel de responsabilidad se han tenido en cuenta a nivel internacional factores como *el rango del acusado junto con el alcance de su autoridad (de facto o de iure)*, o *el rol en la comisión de los crímenes (incluye una evaluación de la forma de responsabilidad por la cual puede ser vinculado al crimen)*, o *la función política del autor*, o su calidad de ser *un líder a nivel nacional, regional o municipal*. En el caso colombiano, se consideró la necesidad de priorizar también a los financiadores y auspiciadores de las organizaciones criminales.

Los *criterios objetivos* están determinados por la gravedad y naturaleza de los delitos que se consideran por *el número de víctimas, la extensión geográfica de la violación, y por la elaboración de listas de delitos con la asignación diferenciada por los grados de prioridad*. La gravedad está dada por “su capacidad en representar los distintos patrones criminales que desde el punto de vista político, histórico y social, han aquejado a un país”.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Directiva No. 0001 del 4 de octubre de 2012*, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación”. Num. 2.2.1. p. 13.

<sup>97</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Directiva ...*, op. cit., 2.2.2. p. 15.

Por último, los *criterios complementarios*<sup>98</sup> incorporan factores como *la disponibilidad de pruebas, el tiempo estimado de la investigación, la existencia de sospechosos y personas arrestadas, cuestiones relacionadas con la protección de testigos*, entre otras.

Según lo indicado por parte de la Fiscalía, con base en estos criterios se priorizaron los casos de los comandantes de las Autodefensas Unidas de Colombia AUC: SALVATORE MANCUSO GÓMEZ, alias “Mancuso”, comandante de los bloques Córdoba, Norte y Catatumbo; RODRIGO TOVAR PUPO alias “Jorge 40” comandante del Bloque Norte; CARLOS MARIO JIMENO NARANJO alias “Macaco” y RODRIGO PÉREZ ALZATE alias “Julián”, comandantes del Bloque Central Bolívar; LUIS FERNANDO CIFUENTES GALINDO alias “El águila”, comandante del Bloque Cundinamarca; RAMIRO VANOY MURILLO alias “Cuco Vanoy”, comandante del Bloque Mineros; ARNUBIO TRIANA MAHECHA alias “botalón” comandante de las autodefensas campesinas de Puerto Boyacá; RAMÓN MARÍA ISAZA ARANGO alias “El viejo”, comandante de las autodefensas del Magdalena medio; HELBERTH VELOZA GARCÍA alias “HH”, comandante de los Bloques bananero y calima; DIEGO FERNANDO MURILLO BEJARANO alias “Don Berna”, comandante de los bloques Cacique Nutibara, Héroes de Granada y Héroes de Tolova; MIGUEL ANGEL MELCHOR MEJÍA MUNERA alias “El Mellizo”, comandante del Bloque Vencedores de Arauca; EDWARD COBOS TELLEZ alias “Diego vecino”, comandante del Bloque Héroes de los Montes de María; HERNÁN GIRALDO SERNA alias “El patrón”, comandante del Bloque Resistencia tayrona, y FREDY RENDON HERRERA alias “El Alemán”, comandante del Bloque Elmer Cárdenas.

Priorizados de la Guerrilla Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–, ELDA NEYIS MOSQUERA GARCÍA alias “Karina” comandante de los frentes 5 y 47; ELY MEJÍA MENDOZA alias “Martin Sombra”, uno de los comandantes del bloque oriental de las Farc, la columna móvil Juan José Rondón o Leones del Llano, Columna móvil Ciro Trujillo y Frentes 4, 9, 10, 11, 22, 23, 24, 28 y 43; y OLIMPO DE JESÚS SÁNCHEZ CARO alias “Cristóbal”, comandante del denominado Ejército revolucionario Guevarista ERG<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Directiva ...*, op. cit., 2.2.3. p. 15.

<sup>99</sup> FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Plan de Acción de casos a priorizar ...*, pp.11-21. <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf>

A diferencia de la postura de la Fiscalía, considero que en el proceso de Justicia y Paz no están los máximos responsables, y que si bien se desmovilizaron algunos comandantes de las autodefensas, ellos no actuaron de manera autónoma, sino en beneficio de responsables que no hacen parte de los procesos de Justicia y Paz.

El Decreto 3011 del 26 de diciembre de 2013, reglamenta las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012 y considera que:

*“la Ley 1592 de 2012 fue diseñada con dos objetivos principales: (i) transformar de manera definitiva el enfoque de investigación, procesamiento y judicialización que se venía aplicando en los procesos de Justicia y Paz para asegurar la concentración de esfuerzos en la investigación de los máximos responsables y en la develación de los patrones de macro-criminalidad; y (ii) articular estos procesos con los demás instrumentos de justicia transicional para velar por la satisfacción efectiva de los derechos de las víctimas”<sup>100</sup>.*

Entre otras cuestiones, estipuló en su artículo 1° que:

*“el proceso penal especial consagrado en la Ley 975 de 2005 es un mecanismo de justicia transicional; de carácter excepcional, a través del cual se investigan, procesan, juzgan y sancionan crímenes cometidos en el marco del conflicto armado interno por personas desmovilizadas de grupos armados organizados al margen de la ley que decisivamente contribuyen a la reconciliación nacional y que han sido postuladas a este proceso por el Gobierno Nacional, únicamente por hechos cometidos durante y con ocasión a su pertenencia al grupo. Este proceso penal especial busca facilitar la transición hacia una paz estable y duradera con garantías de no repetición, el fortalecimiento del Estado de Derecho, la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, y la garantía de los derechos de las víctimas.*

*La contribución a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia y con el esclarecimiento de la verdad a partir de la confesión plena y veraz de los hechos punibles cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo, la contribución a la reparación integral de las víctimas, la adecuada resocialización' de las personas desmovilizadas y la garantía de no repetición, constituyen el fundamento del acceso a la pena alternativa”<sup>101</sup>*

Surgen interrogantes en cuanto al fundamento epistemológico, normativo y fáctico, respecto a la implementación de la JTr, especialmente en cuanto a la macrocriminalidad y la política de

---

<sup>100</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3011 de 2013, “Por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012”. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=56210>

<sup>101</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 3011 de 2013. Op. cit., art 1.

priorización que se incorporó en la Directiva 001 de 2012, en la Ley 1592 de 2012 y en el Decreto 3011 de 2013.

Lo planteado en estas normas no es acertado, porque con la *priorización* no solo no se garantizan los derechos de las víctimas, sino que por el contrario, se pierden cuando el responsable de los hechos no es priorizado, porque si solo se busca la verdad de los máximos responsables, muchas veces éstos no tienen conocimiento específico sobre los hechos. En tal sentido, si no hay una persona priorizada, la víctima no podrá ser reconocida, tal como lo afirma la Fiscalía de la CPI, cuando dice que “la estrategia de centrarse en los máximos responsables puede dejar una brecha de impunidad”<sup>102</sup>. Pero incluso, más que de impunidad en contexto de enjuiciamiento ordinario, lo sería en cuanto al desarrollo del principio de verdad en el ámbito de la LJP.

Ahora bien, tampoco es cierto el argumento que se esgrime en cuanto que, sin priorización no se pueden establecer los patrones de macrocriminalidad. Si los criterios de priorización no son solamente por la persona que realiza la conducta, sino por otros factores como la gravedad de la conducta, el impacto que generan, la población afectada, entre muchas otras, no es plausible afirmar que los contextos, las causas y los motivos del mismo correspondan únicamente a este criterio. Más aún, sin conocerse al máximo responsable, también se puede develar la estructura, contexto, georeferenciación, etc., como en los casos de la guerrilla, que no se tienen a los máximos responsables. Otra cosa es que de los guerrilleros desmovilizados se escojan los que se consideren de mayor rango, pero si este es el argumento basé para determinar patrones de macrocriminalidad, no es cierto, en especial porque los comandantes de las FARC-EP que son los integrantes del Estado Mayor y del Secretariado no son postulados a la LJP.

Podemos afirmar que son precisamente, los máximos responsables quienes no están en el proceso de JyP. A nivel de las autodefensas, si bien algunos de los comandantes de los bloques fueron extraditados a Estados Unidos, lo cierto, es que de las versiones rendidas por ellos mismos se puede concluir que no fueron estos quienes organizaron a las Autodefensas y tampoco ellos se financiaron, sino que contaron con apoyo de los grupos económicos, las fuerzas militares y la clase política de este país.

---

<sup>102</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI). Informe de la Fiscalía / situación Colombia. Noviembre de 2012. p. 204. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>.



En el caso de la subversión, solamente hay una guerrillera que fue comandante del frente 47 de las FARC, a la que le están imputando prácticamente el actuar de todo el grupo, ya que los máximos responsables de esta organización no son postulados a la LJP.

Y finalmente, los grupos y gremios económicos, los ganaderos en las regiones, los políticos y todos aquellos que verdaderamente podrían catalogarse como los máximos responsables, no hacen parte de la Jtr y no van a serlo tampoco, aún, dentro del ámbito de la Jurisdicción Especial para la Paz.

En este sentido, la política de priorización dirigida a los máximos responsables, como se pretende, es una ilusión.

En la misma directiva, se establece el *enfoque diferencial* como nuevo tratamiento jurídico para las víctimas del conflicto armado.

Las víctimas han sido ampliamente reconocidas en el marco de la Ley 975 de 2005 y tienen un papel preponderante en el actual Proceso de Paz que se adelanta en La Habana.

Según EZZAT<sup>103</sup>, a nivel legislativo se ha podido comprobar una proliferación de leyes en materia de víctimas en numerosos países, entre ellos Colombia, con posterioridad a la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso de Poder (1985). Entre los logros alcanzados pueden citarse la instauración de la compensación estatal en el caso de las víctimas de delitos de violencia, el resurgimiento de la reintegración en lo que respecta a los transgresores, así como la aparición y multiplicación de diferentes programas dirigidos a la mediación entre víctimas y victimarios.

El principio de *enfoque diferencial*<sup>104</sup> reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, la participación de las víctimas en el proceso penal especial de que trata la presente ley, así como el proceso judicial y la investigación que se realice, deberán contar con dicho enfoque, sin perjuicio de la aplicación de criterios de priorización.

---

<sup>103</sup>EZZAT, F. *Victimología: pasado, presente y futuro*. RECP. [en línea] núm.16-r2, 2014, p. 2. ISSN 1695-0194. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf>.

<sup>104</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1592 de 2012, art. 5 A.

El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones a que se refiere el artículo 5° de la presente ley, tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos/as, líderes/lideresas sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores/as de DH, víctimas de desplazamiento forzado y miembros de pueblos o comunidades indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, cuando el riesgo se genere con ocasión de su participación en el proceso judicial especial de que trata la presente ley.

Los mismos argumentos que se formulan para la política de *priorización* son los mismos que para la política de *enfoque diferencial*, pues esta política dista mucho de proteger a las víctimas en los derechos de verdad, justicia y reparación, porque diferenciar las víctimas significa dar tratamiento diferente para la protección de sus derechos, y definitivamente, como lo se ha reiterado, no estamos de acuerdo en que haya *víctimas más víctimas que otras*.

Considero que tanto la política de priorización como el enfoque diferencial son formas jurídicas de discriminación tanto para los procesados como para las víctimas, que se inventaron para justificar la inoperancia e ineficacia de la administración de justicia. Para los procesados porque solo aquéllos que la Fiscalía considere como máximos responsables, (sin serlo en muchos casos), tienen la prioridad para ser juzgados; y para las víctimas, porque con el enfoque diferencial se tiene el ‘privilegio’ de ser reparada, dependiendo de los hechos que reconozcan los máximos responsables y de la condición de la víctima. En ambos casos, los criterios de selección son subjetivos por parte del ente acusador.

La ineficacia del Estado en algunos casos y su ceguera en la gran mayoría de ellos, han sido la mayor causa de impunidad frente a los crímenes de transcendencia para la humanidad, en el contexto colombiano. La Fiscalía ha tenido varias décadas para investigar los graves crímenes aquí cometidos, por los mismos casos que se han versionado en el proceso de justicia y paz, de los cuales tuvo conocimiento cuando se cometieron y en un altísimo porcentaje decretaron por estos crímenes autos inhibitorios, preclusiones y sentencias absolutorias.

Igualmente desde el inicio de la Ley 975 en el 2005, la Fiscalía ha mostrado su incapacidad, de investigar, no por lo que aduce en el plan de priorización *por la dimensión no esperada que debió afrontar*, para justificar la selección de procesos, sino por su ineficacia, inoperancia y en muchos casos por la infiltración de los grupos en esa institución.

Ahora, en una aparente búsqueda de la eficacia y eficiencia, bajo el sofisma de distracción de que el enfoque diferencial es beneficio para las víctimas y la política de priorización, también lo es para los postulados, no solamente se reforma la constitución política, sino que se expiden la Ley 1592 de 2012, la Directiva 001 de la FGN y el decreto 3011 de 2013, para desestimar la investigación de los casos que no serán priorizados y de seleccionar a unas víctimas en detrimento de otras, cuando lo jurídicamente correcto es que se investiguen y documenten todos los hechos; se juzgue a todos los autores y se garantice el derecho de todas las víctimas, sin excepción para lograr una aproximación a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición que son derechos fundamentales contenidos en la Carta Política que sustenta el Estado Social y Democrático de Derecho.

### **1.5. Los nuevos paradigmas de la JTr en la LJP**

Con la Justicia transicional nacen nuevos criterios en el ámbito del Derecho penal, específicamente en la JTr, elevados a la categoría de principios. Son ellos, la verdad, la justicia a partir de una pena alternativa, la reparación y la no-repetición.

#### **1.5.1. Destinatarios.**

La promulgación de la LJP, está dirigida a los *desmovilizados* de los grupos armados organizados al margen de la ley que hayan sido postulados por el gobierno nacional al proceso de JyP y hayan cometido delitos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo y a las *víctimas* de los hechos delictivos cometidos por los miembros de estos grupos para que conozcan la verdad de lo sucedido, se les haga justicia y sean reparadas.

##### **A) El *desmovilizado***

El artículo 1 del Decreto 128 del 22 de enero de 2003, consideró que: *desmovilizado* es aquel que por decisión individual abandona voluntariamente sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entrega a las autoridades de la República. La LJP planteo dos tipos de desmovilización: la colectiva y la individual.

La *desmovilización colectiva* va dirigida para los miembros de un grupo armado organizado al margen de la ley que hayan sido o puedan ser imputados, acusados o condenados como autores o partícipes de hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia a esos grupos, siempre que se encuentren en el listado que el gobierno nacional remita a la FGN.

La desmovilización colectiva hace referencia a los grupos de paramilitares que se consolidaron durante la década de los ochenta, denominándose Autodefensas Unidas de Colombia –AUC–.

Para acceder a ella, es requisito que el grupo organizado se haya desmovilizado y desmantelado, que entregue bienes producto de la actividad ilegal, que ponga a disposición del Instituto de Bienestar Familiar la totalidad de los menores de edad reclutados, que el grupo no interfiera en el libre ejercicio de los derechos políticos, que el objetivo del grupo no sea el narcotráfico y que se liberen las personas secuestradas.

La *desmovilización individual* va dirigida a los miembros subversivos de la guerrilla que surgieron a mediados de la década de los 60 con la formación de grupos alzados en armas como el Ejército de Liberación Popular EPL, la Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC y demás grupos guerrilleros.

En la desmovilización individual es necesario que el postulado entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo, que suscriba un acta de compromiso con el gobierno nacional, que se haya desmovilizado y dejado las armas, que cese toda actividad ilícita, que entregue bienes producto de la actividad ilícita para se repare a las víctimas y que su actividad principal no sea el narcotráfico.

En este sentido, la LJP estableció que los destinatarios son los miembros de los grupos armados al margen de la ley, entendiendo como tales, “el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones”<sup>105</sup> y aquél que, “bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”<sup>106</sup>.

Pero no es suficiente la calidad de desmovilizado para acceder a la LJP. Es necesario que además, que los miembros que hacen parte de los grupos armados organizados al margen de la ley sean postulados por el gobierno nacional a la LJP.

De acuerdo con inciso 3° del artículo 3° del Decreto Reglamentario número 4760 de 2005, para ser incluido en la lista de postulados por parte del Gobierno Nacional es necesario que los desmovilizados individuales hayan manifestado previamente y por escrito ante el Alto

---

<sup>105</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, art.1.

<sup>106</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 782 de diciembre 23 de 2002, art. 3, par. 1. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6677>.

Comisionado para la Paz su voluntad de ser postulados para acogerse al procedimiento y beneficios previstos por la Ley 975 de 2005 y declaren bajo la gravedad del juramento su compromiso de cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 11 que establece los requisitos de la desmovilización individual.

Para los desmovilizados de manera colectiva es necesaria esta manifestación y el compromiso de cumplir los requisitos de elegibilidad de que trata el artículo 10 de la Ley 975.

El Alto Comisionado para la Paz es el competente para certificar la fecha de iniciación del proceso de paz con miras a la desmovilización y reinserción del respectivo grupo de manera colectiva<sup>107</sup> y lo propio respecto al Comité Operativo para la dejación de Armas (CODA)<sup>108</sup>, cuando se trate de desmovilizaciones individuales.<sup>109</sup>

Postulado entonces, es aquella persona desmovilizada que ha sido postulada por el gobierno nacional a la LJP. No todo desmovilizado es postulado y no todos los miembros de los GOAML son ni desmovilizados, ni postulados. Algunos son judicializados en la justicia ordinaria y si

---

<sup>107</sup> PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 423 de febrero 16 de 2007. art. 1°. Certificación en las desmovilizaciones colectivas. Corresponde a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz certificar respecto de las personas que hubieren sido postuladas por el Gobierno Nacional como beneficiarios de la Ley 975 de 2005, sobre los actos materiales de cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 10 de la misma ley y que hayan tenido lugar con motivo de las desmovilizaciones colectivas. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22993>.

Para los mismos efectos, corresponde a las demás instituciones estatales suministrar la información de que dispongan, de acuerdo con sus funciones, y que resulte relevante en cuanto se refiere al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad para la respectiva formulación de cargos.

<sup>108</sup> PRESIDENCIA DE COLOMBIA..., Op. cit., art. 2°. Certificación en las desmovilizaciones individuales. Corresponde al Programa de Atención Humanitaria al Desmovilizado (PAHD) del Ministerio de Defensa, certificar respecto de las personas desmovilizadas en forma individual y que hubieren sido postuladas por el Gobierno Nacional como beneficiarios de la Ley 975 de 2005, sobre la entrega de información o colaboración relacionada con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía, de que trata el numeral 11.1 del artículo 11 de la misma ley.

Corresponde al Comité Operativo para la Dejación de las Armas (CODA), certificar respecto de las personas desmovilizadas en forma individual y que hubieren sido postuladas por el Gobierno Nacional como beneficiarios de la Ley 975 de 2005, sobre la desmovilización y dejación de armas de que trata el numeral 11.3 del artículo 11 de la ley.

Para los mismos efectos, corresponde a las demás instituciones estatales suministrar la información de que dispongan, de acuerdo con sus funciones, y que resulte relevante en cuanto se refiere al cumplimiento de los requisitos de elegibilidad para la respectiva formulación de cargos.

<sup>109</sup> PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 3391 de septiembre 29 de 2006, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005” art. 1, par. 1. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21741>.

bien son sometidos a un proceso penal, allí no se exige que digan la verdad. Los destinatarios son solamente aquellos integrantes del grupo que fue postulado a la ley de JyP.

En todo caso, sea como desmovilizado, postulado o procesado, lo cierto es que deben gozar de los derechos y garantías penales y procesales del Derecho penal que sustentan el Estado Social y Democrático de Derecho, tales como el derecho a la presunción de inocencia, la no imprescriptibilidad de las penas, la garantía de la cosa juzgada, el derecho de defensa técnica y material, entre otros.

### ***B) La víctima***

Es toda persona que individual o colectivamente ha sufrido daños directos como consecuencia de acciones en la que los grupos organizados al margen de la ley han transgredido la legislación penal. Se reconocen como víctimas a los familiares de las víctimas directas y de acuerdo con la ley<sup>110</sup> el Estado presumirá su buena fe, lo cual significa que para acreditar el daño sufrido, bastará probarlo de manera sumaria ante la autoridad administrativa, para que esta proceda a relevarla de la carga de la prueba.

De igual manera se consideran víctimas, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de *derechos humanos ocurridas con ocasión del conflicto armado interno*<sup>111</sup>. También son consideradas víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima<sup>112</sup>.

Los miembros de la fuerza pública que hayan sufrido daño y los familiares de aquellos que hayan perdido la vida y/o hayan sufrido daño indirecto, también son consideradas víctimas<sup>113</sup>, caso en el cual, su reparación económica corresponderá por todo concepto a la que tengan

---

<sup>110</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 1448 de 2011, art. 5.

<sup>111</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 1448 de 2011, art. 3.

<sup>112</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 1448 de 2011, art. 3.

<sup>113</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 1592 de 2012, que modificó el artículo 5 de la Ley 975 de 2002.

derecho de acuerdo al régimen especial que les sea aplicable. De la misma forma, tendrán derecho a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición señaladas en la ley<sup>114</sup>.

Recordemos que en este caso en particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) condenó al Estado Colombiano por la masacre de Santo Domingo<sup>115</sup>, por lanzar una bomba clúster a la población civil. No obstante, los miembros de la Fuerza Aérea que hicieron dicho lanzamiento se encuentran exigiendo sus derechos como víctimas en el proceso de Justicia y Paz<sup>116</sup>.

De acuerdo con las anteriores disposiciones son víctimas todas las personas que sin necesidad de probar su calidad, manifiesten haber sufrido un daño por virtud del conflicto, incluyendo a los miembros de la fuerza pública que participan en el conflicto como parte del rol que tienen y que el riesgo que asumen como tales, contrario a su calidad de combatientes, y de su rol constitucional de defender las instituciones.

La legislación es clara también en determinar quiénes no son víctimas:

Los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, “en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad”<sup>117</sup>. Se excluyen a los niños, niñas o adolescentes que siendo vinculados al grupo organizado al margen de la ley hayan adquirido su mayoría de edad, desconociéndose el delito de reclutamiento ilícito de menores por el hecho de cumplir la mayoría de edad, estando aún en el grupo armado.

Sin embargo vemos que en todos los procesos de justicia y paz que se han adelantado se han condenado a los postulados que hicieron el reclutamiento de menores, indistintamente si estos adquirieron la mayoría de edad estando aún en el grupo armado. En este evento, entonces surge el interrogante: ¿Quién es la víctima del reclutamiento ilícito de menores cuando este adquirió la mayoría de edad, estando aún en el grupo?

---

<sup>114</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1448 de 2011. art. 24.

<sup>115</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COIDH). *Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_259\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf).

<sup>116</sup> Diligencia de versión libre rendida por los postulados de subversión Diego Luis Gutiérrez Muñoz y Jorge Eliecer Jiménez Martínez. 27 y 28 de agosto de 2015.

<sup>117</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1448 de 2011, par. 3, art. 1.

El cónyuge, compañero o compañera permanente, o los parientes de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley serán considerados como víctimas por el daño directo sufrido en sus derechos pero no como víctimas indirectas por el daño sufrido por los miembros de dichos grupos, afirma la ley.

Tal es el caso de los menores que fueron reclutados ilegalmente y que posteriormente fueron ‘ajusticiados’ dentro del mismo grupo por orden de sus comandantes o por decisión de los llamados *juicios revolucionarios*; o el caso en que siendo menores fueron muertos en combate o murieron por enfermedades u otras razones.

Con mayor razón quedan excluidos aquellos que siendo mayores de edad, fueron reclutados de manera ilícita y aún hacen parte del grupo armado o que habiéndose desmovilizado eran mayores de edad.

Tampoco serán considerados como víctimas quienes hayan sufrido un daño en sus derechos como consecuencia de actos de delincuencia común.

Aquí se presenta una contradicción que deviene del parágrafo 5 del artículo 3 de esta ley que estipula que:

*“La definición de víctima contemplada en el presente artículo, en ningún caso podrá interpretarse o presumir reconocimiento alguno de carácter político sobre los grupos terroristas y/o armados ilegales, que hayan ocasionado el daño al que se refiere como hecho victimizante la presente ley, en el marco del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, de manera particular de lo establecido por el artículo tercero (3º) común a los Convenios de Ginebra de 1949”*<sup>118</sup>.

Si es como dice la ley, *tampoco son considerados como víctimas quienes sufren daños en virtud de la delincuencia común*<sup>119</sup>, entonces, ¿cuál es la categoría jurídica para determinar

---

<sup>118</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1448 de 2011.

<sup>119</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-253A del 29 de marzo de 2012. MP. Gabriel Eduardo Mendoza . No es contrario a la Constitución, en la medida en que (i) no implica negar, de manera general, la condición de víctimas que pueden tener los integrantes de esos grupos como consecuencia de infracciones al DIH o de graves violaciones de las normas internacionales de DH en el marco del conflicto armado interno; por consiguiente, (ii) no los priva de la posibilidad de acceder, con la plenitud de las garantías, a las instancias ordinarias que el ordenamiento jurídico ha previsto para garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; ni, (iii) los sustrae del marco de protección previsto en el DIH y el DIDH y (iv) comporta, únicamente, su exclusión de un conjunto especial de medidas de protección, complementarias y de apoyo, que se han previsto en la ley en beneficio de quienes, encontrándose dentro de la legalidad han sido víctimas de infracciones al DIH o de graves violaciones de las normas internacionales de DH en el marco del conflicto armado interno”. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-253A-12.htm>.



quién es víctima del conflicto armado, si no es dentro del ámbito político, ni dentro de la órbita del DIH?

Según esta ley, no quedaría otra opción que afirmar que ninguna víctima es víctima en virtud del conflicto por estar prohibido el reconocimiento político de los grupos *terroristas y/o armados ilegales*.

Es lamentable que después de expedida la LJP con el fin de buscar la reconciliación y la paz; que después de adelantados los procesos de juzgamiento y condena de los postulados a la LJP; y más aún, después de que el mismo Estado ha tenido que justificar la creación de la JTr durante diez años, continúe con su posición de que en Colombia no hay conflicto armado, ni delito político y se expidan este tipo de normas que para nada contribuyen a la consecución de la paz.

Palabras más, palabras menos, lo que se ha establecido en la Ley 1448 o Ley de Víctimas, da al traste con el esfuerzo que se ha hecho para garantizar los derechos de las víctimas dentro del contexto del conflicto armado al no reconocer el carácter político del conflicto. La insistencia en la negativa de reconocer el delito político en casos de insurgencia, hace que se desconozca *per se* la existencia del conflicto armado y deja entonces a las víctimas en un limbo jurídico, en especial cuando al no reconocerse el carácter político del conflicto y del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, las deja por fuera de su calidad *de personas protegidas por el DIH*.

La LJP preceptúa que las víctimas adquieren el derecho a la justicia<sup>120</sup>, esto es, a que se realice una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por los miembros de grupos armados al margen de la ley, a que se les asegure el acceso a recursos eficaces que reparen el daño infligido, y a que se tomen todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Adquieren el derecho a la verdad<sup>121</sup>, es decir, el derecho *inalienable, pleno y efectivo de conocer la verdad sobre los delitos cometidos por grupos armados organizados al margen de la ley, y sobre el paradero de las víctimas de secuestro y desaparición forzada*.

---

<sup>120</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. art. 6.

<sup>121</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. art. 7.

Igualmente, el derecho a la reparación, que comprende todas las acciones que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

### **1.5.2. Los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.**

Robert ALEXY<sup>122</sup> hace un análisis de los principios, a partir de la diferencia entre estos y las reglas, pues considera, que esta diferencia constituye la base *ius fundamental* y el marco de una teoría normativo - material de los derechos fundamentales y por lo tanto, el punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales.

Tanto los principios como las reglas son normas. Son razones para juicios concretos del deber ser, pero son razones de tipo diferente. Los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto; mientras que las reglas son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad.

Los principios<sup>123</sup> son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por tanto, son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas. Las reglas<sup>124</sup> en cambio, “*son normas que pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, debe hacerse exactamente lo que ella exige, esto es, que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. La diferencia entre regla y principio es cualitativa, en consecuencia, la teoría de los principios es una axiología exenta de suposiciones insostenibles*”<sup>125</sup>.

En el contexto de la LJP, y sin que estos paradigmas tengan envergadura constitucional, en la forma como se ha expuesto en la LJP, los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, fueron sacados literalmente del armario y elevados a principios, o por qué no decirlo, *macroprincipios*, como la panacea para eliminación del conflicto armado en Colombia.

---

<sup>122</sup>ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2001, pp. 82 ss.

<sup>123</sup>ALEXY, R. *Teoría de los Derechos...*, op.cit., p. 86.

<sup>124</sup>ALEXY, R. *Teoría de los Derechos...*, op.cit., p. 87.

<sup>125</sup>ALEXY, R. *Teoría de los Derechos...*, op.cit., p. 87.

La realidad, e incluso la forma como está configurado el ordenamiento jurídico en torno a ella, dicen lo contrario.

Se ha podido constatar desde la entrada en vigencia de la LJP que en el proceso que la regula, *todo se puede* en virtud de lo que he llamado *macroprincipios*; pues por virtud de ellos se han desconocido los principios del Derecho penal de no-autoincriminación, presunción de inocencia, libertad, igualdad, *non bis in ídem*, prescripción y sobre todo el principio de legalidad.

Ha dicho la Corte que, en desarrollo de estos principios, la LJP busca facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley que garanticen los derechos a las víctimas y regula todo lo relacionado con la investigación, procesamiento, sanción y beneficios de los postulados pertenecientes a grupos armados al margen de la ley como autores o partícipes de hechos ocurridos durante y con ocasión de su pertenencia a dichos grupos.

En la exposición de motivos de la ley, se hicieron recomendaciones al senado<sup>126</sup> por parte de expertos en la materia referentes al reconocimiento de la participación de las víctimas; la consagración de instrumentos efectivos que permitan la reconstrucción de los hechos y el esclarecimiento de hechos de desaparición forzada; establecer mecanismos de investigación como la obligación de entregar información, la confesión y la no reducción de términos por sentencia anticipada.

La verdad no puede configurarse plenamente cuando existe una obligación correlativa de la disminución de la pena condicionada. En los procesos que se adelantan en la LJP es muy frecuente encontrar situaciones en la que los postulados aceptan todo lo que se les imputa, porque de no hacerlo, se compulsan copias a la justicia ordinaria para que sean investigados bajo esa Jurisdicción, lo que implicaría la imposición de penas muy altas, por lo que usualmente, y muchas veces sin haber participado en los hechos, aceptan la responsabilidad para que no sean excluidos de la pena alternativa que comporta la LJP, pues de nada sirve la pena alternativa si se condena en la justicia ordinaria con las máximas penas.

Lo mismo puede suceder en la Jurisdicción Especial para la Paz, que se ha pactado en los acuerdos de la Habana en donde se establece que el que no acepte un hecho, se somete a un

---

<sup>126</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Proyecto de Ley 208 de 2005, “por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”.

juicio para que pruebe que no lo cometió. En este escenario si se aceptan las confesiones de autoincriminación, pero no las declaraciones en las que se manifiesta la no participación en hechos delictivos.

Los principios que orientan tanto la ley como la JEP están determinados por:

**A) *La verdad.***

En un artículo publicado sobre este principio que consagra la LJP<sup>127</sup> se indicó que la sociedad y las víctimas tienen derecho a conocer los delitos cometidos por estos grupos y el paradero de las víctimas de secuestro, tortura o desaparición forzada y que este principio ha sido reconocido por la comunidad internacional como un principio inalienable que ha sido trabajado desde dos perspectivas: la individual y la colectiva.

En su faceta individual, el derecho a conocer la verdad es reconocido respecto de las personas que padecieron las violaciones, sus familiares y allegados, como el derecho a saber la verdad de lo ocurrido. Desde el punto de vista colectivo, el derecho a conocer la verdad ha sido denominado como el derecho a saber y parte de la concepción de que los pueblos tienen el derecho a conocer su historia y con ella, los motivos por los que se presentaron las graves violaciones a los DH y las circunstancias en las que las mismas se dieron.

La LJP recogió uno de los aspectos epistemológicos de mayor controversia a nivel filosófico y lo elevó a la categoría de principio, como es el de la *verdad*, sin establecer previamente unos contenidos mínimos de este concepto que ha generado a mi modo de ver, que cada persona que tiene una relación directa o indirecta en el tema de justicia y paz, tenga una idea diferente de lo que significa *la verdad*.

Hago esta afirmación porque constantemente se le indica a los postulados que ho han dicho la verdad, cuando no aceptan hechos que según ellos no comoetieron o no participaron de manera directa, pero que para otras personas, no están diciendo la verad. Solamente para ilustrar el problema, mencionanos por ejemplo que ALEXY<sup>128</sup>, refiriéndose a la teoría HABBERMAS, según la cual, *la condición para la verdad de las proposiciones es el acuerdo potencial de todos los demás*, plantea que ni siquiera un consenso factico es criterio de verdad,

---

<sup>127</sup> CUERVO CRIALES, B. *Alcance y ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de crímenes de conocimiento de la Ley de Justicia y Paz*. Revista Vínculos, Vol. 8., núm. 2. Bogotá, 2013, p. 74.

<sup>128</sup> ALEXY. *Teoria de la Argumentacion Jurídica. La Teoria del Discurso Racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1997. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 142.

ya que puede haberse producido en condiciones defectuosas. “El concepto teórico discursivo de verdad considera a las normas de diálogo racional solo como condiciones de adecuación que debe cumplir un test de verdad”<sup>129</sup>

Si solamente entre estos dos autores no se logra dar contenido al tema de la verdad, menos aún se logra en el campo del derecho reglamentado en una norma, y que queda al *garete* de la percepción que cada persona tenga de la verdad, generando uno de los mayores inconvenientes para que este principio se pueda cumplir.

Se afirma<sup>130</sup> que la CoIDH, refiriéndose al derecho a la verdad, insiste en que este solo se satisface si existe una verdadera investigación a partir de la cual sea posible conocer los responsables, las causas, las circunstancias de la comisión de los crímenes el paradero de los cadáveres y el destino de las personas desaparecidas. El derecho a la verdad constituye un verdadero derecho colectivo que busca evitar que las violaciones se presenten en el futuro.

Se menciona en el proyecto que La Corte Constitucional <sup>131</sup>señaló que el derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modos en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de tales conductas.

La CoIDH<sup>132</sup> ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de DH, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el DIDH; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad guatemalteca.

Las normas y principios del Derecho Internacional muestran como el derecho a la verdad tiene una doble finalidad: por una parte dar a conocer a las víctimas la verdad de lo sucedido y por otra, permitir la reconstrucción de la memoria histórica.

---

<sup>129</sup> HABERMAS, J. Carta a Alexy de 17 de diciembre de 1974 citada por Alexy. (n. 1), p. 142.

<sup>130</sup> CONGRESO DE COLOMBIA .Proyecto de Ley 208 de 2005.

<sup>131</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C - 1149 del 31 de octubre de 2001. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1149-01.htm>.

<sup>132</sup> CoIDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala*, parr. 274; *Caso Trujillo Oroza* (2009). Sentencia de reparaciones, supra nota 277, párr. 114; *Caso Bámaca Velásquez*, Reparaciones, supra nota 277, párr. 76; y *Caso Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90.

## ***B) La justicia.***

*Prima facie* se desarrolla en la medida en que la Fiscalía debe realizar una investigación que conduzca a la identificación, captura y sanción de los de los responsables de estos delitos, como una connotación del acceso a la justicia por parte de las víctimas. “Sin embargo, el principal aspecto es el carácter de justicia transicional como principio fundacional de la LJP”<sup>133</sup>.

En el proyecto<sup>134</sup> que antecedió la expedición de la LJP se consideró que en materia de *justicia* el Estado tiene la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y velar por la adecuada ejecución de la pena de las personas acusadas de cometer graves violaciones de los DH o infracciones del DIH y que si bien el derecho internacional admite amnistías o indultos para quienes han cometido crímenes atroces deben existir procesos judiciales, investigaciones completas y sanciones adecuadas, al igual que en el juzgamiento se debe respetar la garantía del juez natural que goce de la autonomía e imparcialidad así como la obligación de imponer una pena proporcionada<sup>135</sup> al daño causado y no puede en principio establecer eximentes de responsabilidad ni suprimir los efectos de la sentencia condenatoria, según lo consideró la CoIDH<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> CUERVO CRIALES, B. *Alcance y ámbito de competencia de la Corte Penal...*, op.cit., p. 78

<sup>134</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Proyecto de Ley 208 de 2005 (Ley 975), “Por el cual se dictan disposiciones para la reincorporación de los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”, p. 5.

<sup>135</sup> MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*, Ed. Reppertor, 10ª ed. 2015, Barcelona., pp. Lección 4. El principio de legalidad, comporta una garantía criminal, que exige que el delito se halle determinado por la Ley (*nullum crimen sine lege*); una garantía penal que requiere que la Ley señale la penal que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*); una garantía jurisdiccional que exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen mediante una sentencia judicial y según un procedimiento previamente determinado en la ley; y la garantía de ejecución que requiere la que la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule.

Estas garantías tienen una triple exigencia: *lex praevia*: expresa la prohibición de retroactividad que permite que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa, si va a incurrir en algún delito y configura el principio de seguridad jurídica; *les scripta*: la norma escrita debe tener rango de Ley emanada del poder legislativo como representación del pueblo y configura un límite al poder ejecutivo y *lex stricta*: impone un alto grado de precisión a la Ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo y configura el mandato de determinación que exige que la Ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas y las penas a imponer.

<sup>136</sup> COIDH, *Caso 19 comerciantes vs Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004. “La obligación de investigar supone la existencia de una investigación adecuada e integral que, en un plazo razonable – es decir, suficiente pero sin dilaciones-, logre reconstruir los fenómenos de criminalidad que se investigan y satisfacer los derechos de las víctimas, y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. De otra parte la investigación supone funcionarios capacitados, no solo en aspectos técnicos de investigación criminal, sino además en derechos humanos. Finalmente una verdadera investigación sobre fenómenos de macrocriminalidad

A pesar de esto, las sentencias proferidas por los Tribunales penales internacionales y en especial el de la antigua Yugoslavia, ha admitido una reducción significativa de la privación de la libertad, siempre que el responsable colabore de manera eficaz con la justicia y satisfaga el derecho a la verdad de las víctimas, entregue la totalidad de los bienes que obtuvo de manera ilícita y repare el daño causado<sup>137</sup>, que ha servido de sustento para fundamentar la pena alternativa que se propone para la LJP.

A diferencia de lo planteado, el *Estatuto del Tribunal Penal Internacional*<sup>138</sup> Para la Ex Yugoslavia, de 25 de Mayo de 1993<sup>139</sup>, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, otorgó la competencia al tribunal para enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del DIH cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991; a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949<sup>140</sup>; a las personas que violen las Leyes o usos de la guerra<sup>141</sup>; a las personas que cometan los actos de genocidio<sup>142</sup>; y para enjuiciar a los presuntos

---

exige la existencia de soportes técnicos suficientes como cuerpos especializados en antropología forense y lavado de activos.”

<sup>137</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. *Proyecto de Ley 208 de 2005*.

<sup>138</sup> NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE SEGURIDAD. Resolución 827 del 25 de mayo de 1993, por medio del cual crea el Tribunal para la ex Yugoslavia con base en “el inminente peligro que representaba este país para la paz y la seguridad internacional”.

<sup>139</sup> DIH “Estatuto del Tribunal Penal Internacional Para la Ex Yugoslavia, de 25 de mayo De 1993”. [http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Estatuto\\_Tribunal\\_Internacional\\_para\\_la\\_ex\\_Yugoslavia.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Estatuto_Tribunal_Internacional_para_la_ex_Yugoslavia.pdf).

<sup>140</sup> a) Homicidio intencional; b) Tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; c) Actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud; d) Destrucción o apropiación de bienes no justificados por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria; e) Uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga; f) Privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías; g) Deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil; h) Toma de civiles como rehenes.

<sup>141</sup> a) El empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios; b) La destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares; c) Los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas, viviendas o edificios indefensos; d) La aprobación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o a las artes y las ciencias, monumentos históricos u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos; e) El pillaje de bienes públicos o privados.

<sup>142</sup> Por genocidio se entenderá cualquiera de los actos que se enumeran a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; d) Imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo; e) Traslado por

responsables de los crímenes contra la humanidad cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional<sup>143</sup>; pero no estableció la reducción de la pena a quienes colaboren de manera eficaz con la justicia.

Lo que se plasmó en el Estatuto del Tribunal<sup>144</sup> es que solo se podrán imponer penas de privación de la libertad y para determinar las condiciones en que se habrán de cumplir, las salas de primera instancia recurrirán a la práctica general de los tribunales de la ex Yugoslavia relativa a las penas de prisión.

También se estableció<sup>145</sup> que si conforme a la legislación aplicable del Estado o en que la persona condenada está cumpliendo la pena de prisión, esta tiene derecho a solicitar un indulto o la conmutación de la pena, el Estado interesado lo notificará al Tribunal Internacional. El Presidente del Tribunal Internacional, previa consulta con los Magistrados, decidirá la cuestión de conformidad con los intereses de la justicia y los principios generales del derecho. Por lo menos en el estatuto no quedo establecido que las penas se reducirían significativamente por la colaboración eficaz y la reparación como se plantea en el proyecto.

La Corte Constitucional<sup>146</sup> ha señalado que el derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y de hallarlos responsables, condenarlos. Con base en esto se afirma que para que este proyecto de LJTr resulte exequible, debe incorporar instrumentos que permitan la reparación de las víctimas y la satisfacción del derecho a la verdad en todos los casos, incluso cuando se ha amnistiado o indultado al responsable del crimen.

En el proyecto<sup>147</sup> se señala que es importante la obligación de investigar de manera efectiva, sistemática e integral el fenómeno de la macrocriminalidad que se juzga.

---

la fuerza de niños del grupo a otro grupo.3. Serán punibles los actos siguientes: a) El genocidio; b) La conspiración para cometer genocidio; c) La instigación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.

<sup>143</sup> a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violación; h) Persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) Otros actos inhumanos.

<sup>144</sup> DIH “Estatuto del Tribunal Penal Internacional Para la Ex Yugoslavia, de 25 de mayo De 1993”, art. 24.

<sup>145</sup> DIH “Estatuto del Tribunal Penal Internacional Para la Ex Yugoslavia, de 25 de mayo De 1993”, art. 28.

<sup>146</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia SU 1184 de 2001. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1184-01.htm>.

<sup>147</sup> GACETA DEL CONGRESO 27 del 04 de febrero de 2005, p. 14.



La CoIDH ha sostenido que

*“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*<sup>148</sup>.

La filosofía de la CoIDH descansa en los fundamentos filosóficos de la justicia retributiva en cuanto descarta de plano las disposiciones de amnistía, prescripción o excluyentes de responsabilidad e incluso rebajas de penas no proporcionadas al daño causado.

### **C) La reparación.**

Como principio fundamental de la Ley de JyP, se desarrolla el alcance de la reparación a las víctimas del conflicto en diferentes modalidades.

*“La reparación consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos generados con la violación a los derechos de las víctimas, su naturaleza y monto dependerá de los daños materiales o inmateriales ocasionados y no podrá implicar ni empobrecimiento ni enriquecimiento para la víctima y sus sucesores, razón por la cual deberán ser proporcionales con las violaciones cometidas.*

*En el supuesto de reparaciones, al igual que los derechos anteriores se cuenta con dos facetas la individual y la social o colectiva. El aspecto individual se centra en el derecho que tiene la víctima y sus familiares allegados de ser restituido, indemnizado o rehabilitado, respecto de los hechos que condujeron a la infracción de sus DH. El aspecto colectivo, se enmarca en el derecho con que cuentan los pueblos a que se implementen medidas de satisfacción y garantías de no repetición de los actos violatorios.*

*La reparación puede ser reclamada individual o colectivamente, por las víctimas directas, sus parientes más próximos, las personas que estuvieron a cargo de la víctima o personas o grupos que tuvieron relación con ella”*<sup>149</sup>.

En materia de reparaciones<sup>150</sup>, las víctimas tienen derecho a la reparación integral, lo que supone que puedan acceder a un recurso eficaz para garantizar la reparación integral de los

---

<sup>148</sup> CoIDH, *Caso Barrios Altos Vs Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 41; *Caso del Caracazo*. Reparaciones, supra nota 277, párr. 119; *Caso Trujillo Oroza*. Reparaciones, supra nota 277, párr. 106; y *Caso Barrios Altos*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15.

<sup>149</sup> CUERVO CRIALES, B. *Alcance y ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional ...*, op.cit. 78

<sup>150</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, *Proyecto de Ley 208 de 2005*. Haciendo alusión a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Miran Mack Chang vs Guatemala* y *Quintero Almerida vs Uruguay*.

perjuicios sufridos a través de tres tipos de medidas a) la restitución de las cosas a su estado anterior, b) la indemnización de los perjuicios materiales y morales y c) la adecuada readaptación de las víctimas mediante atención psicológica y psiquiátrica. A nivel colectivo la adopción de medidas de reparación dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades afectadas. Se plantea la reparación simbólica que incluye el reconocimiento público y solemne que los culpables hacen de su responsabilidad, así como ceremonias conmemorativas, denominaciones de vías públicas, monumentos y otras alternativas que permitan asumir el deber de la memoria.

En virtud de los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición que son los pilares fundamentales de esta ley, las víctimas adquieren un papel activo y tienen derecho a ser oídas, a recibir información por parte de las autoridades, a ser asistidas gratuitamente por un abogado que las represente si no cuentan con recursos económicos, a recibir asistencia integral para su recuperación, entre muchos otros.

Los funcionarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas y las acciones pertinentes para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas del conflicto interno, para lo cual tendrán en cuenta la edad, el género y la salud, así como la índole del delito, en particular cuando este entrañe violencia sexual, irrespeto a la igualdad de género, o violencia contra niños y niñas.

La reparación a las víctimas comporta los deberes de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción, para lo cual se creó el Fondo de Reparación de las víctimas que recibirá los bienes entregados y realizar la restitución cuando a ello hubiere lugar, en especial de tierras de las cuales miles de personas han sido desplazadas en virtud del conflicto armado.

#### ***D) La Garantía de no repetición.***

Las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición incluyen la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad judicial; la búsqueda de los desaparecidos o de las personas muertas y la ayuda para identificarlas e inhumarlas de acuerdo con las tradiciones familiares; el restablecimiento de la dignidad de las víctimas o sus familiares; la disculpa que incluya el reconocimiento público de los hechos; la aplicación de sanciones a los responsables; las conmemoraciones, homenajes y reconocimiento a las víctimas de los grupos organizados al margen de la ley; la prevención de violaciones de DH; la asistencia a cursos de capacitación de DH a los responsables de las violaciones; entre otros.

Que el inciso 1° del artículo 3° del Decreto Reglamentario número 3391 de 2006 dispone que:

*“Con el fin de prevenir la repetición de actividades delictivas por parte de los desmovilizados, el Gobierno Nacional adoptará acciones tendientes a constatar que las conductas de los desmovilizados reinsertados se ajustan a la ley. Para tal efecto, la Policía Nacional implementará los planes operativos necesarios para realizar el monitoreo y seguimiento de la actividad de los reinsertados, formulados en coordinación con la dirección del Programa de Reinserción, en cuya ejecución deberán colaborar activamente las autoridades del orden territorial”.*

Es claro que los mismos hechos no se van a repetir; que gran número de los postulados a la LJP probablemente no vuelvan a delinquir; que el Estado puede incorporar en la norma medidas de no repetición y hacer seguimiento a los postulados que cumplan la pena alternativa; pero ese no es el problema de fondo

Para que se pueda hacer real la garantía de no repetición, se requiere algo más que “pañitos de agua tibia”, como se dice en nuestro argot popular. Es necesario una verdadera voluntad de paz que solamente se puede lograr cuando todos los actores del conflicto, sin excepción, digan la verdad y realmente se desarrollen condiciones de vida dignas para todas las personas.

De lo contrario, ni la LJP, ni la JTr, ni el proceso de paz que se adelanta en la Habana, serán suficientes para la no repetición de las graves violaciones de los DH que ha vivido Colombia especialmente en el siglo XX.

### **1.5.3. La libertad frente a la alternatividad penal.**

El concepto de libertad ha sido una constante de debate en el ámbito jurídico, político y filosófico. Desde la misma concepción teológica, la libertad entendida como “libre albedrío<sup>151</sup>”, fue la premisa originaria para que el hombre asumiese su posición entre el bien y el mal y es precisamente, en este escenario, en el que se ha generado la mayor polémica de la LJP con la pena alternativa.

La libertad en KANT<sup>152</sup>, por ejemplo, es entendida como autonomía de la voluntad; voluntad entendida como causalidad de los seres vivos en cuanto que son racionales y libertad como la propiedad de esa causalidad por la cual puede ser eficiente, es la capacidad de

---

<sup>151</sup> SCHOPENHAUER, A. *La libertad*, Ed. Coyoacán, 2007, p. 10. “La libertad moral, que constituye hablando con propiedad, el libre albedrío”.

<sup>152</sup> KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la Razón Práctica. La Paz Perpetua*, Ed. Porrúa, México D. F., 1986, 6ª ed. 2010, pp. 55 y ss.

autodeterminación del individuo. La libertad como propiedad de la voluntad debe presuponerse en todos los seres racionales, es decir, que no basta que atribuyamos libertad a nuestra voluntad, sea por el fundamento que fuere, si no tenemos razón suficiente para atribuirla así mismo a todos los seres racionales. A todo ser racional que tiene una voluntad debemos atribuirle necesariamente también la idea de libertad, bajo la cual obra. El individuo es insuperable. En el ensayo sobre la paz perpetua se encuentra incorporado el concepto de libertad negativa cuando excluye que la libertad jurídica pueda definirse “como la facultad de hacer todo lo que se quiera, sin provocar injusticias a nadie” y define la libertad externa o jurídica como la facultad de no obedecer otras Leyes externas que las que aquellas a las que yo haya podido dar mi asentimiento; lo mismo que en la metafísica de las costumbres donde la libertad jurídica queda definida como “la facultad de no obedecer otra ley que no sea aquella a la que los ciudadanos han dado su consenso”(p.46).

En una concepción dialéctica moderna, para HEGEL<sup>153</sup>, el individuo es el hombre; la libertad solo es posible como libertad de pensamiento, la inteligencia pensante es la única libertad que conoce el idealismo, es libertad de creación, de opinión, de figuración, de ideación. La libertad es una determinación fundamental de la voluntad, del mismo modo que el peso es una determinación fundamental de los cuerpos<sup>154</sup>. La libertad es considerada por HEGEL como autonomía, esto es, libertad en sentido positivo ya que la libertad política se realiza solamente en el Estado mediante la manifestación de su voluntad racional, que es la ley: “pues la ley es la objetividad del espíritu y la voluntad en su verdad; y solo es libre la voluntad que obedece a la ley, por cuanto se obedece a sí misma y esta consigo misma y es libre”<sup>155</sup>.

MARX por su parte, desconfía del concepto de libertad, piensa que ese concepto abstracto es un concepto vacío y lo sustituye por el de liberación<sup>156</sup>. La libertad aparece como resultado del desarrollo, de la expansión de las fuerzas productivas; implica la existencia de condiciones ontológicas sin las cuales no puede existir.

---

<sup>153</sup> HEGEL, F. *Filosofía del Derecho*, Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, p. 63.

<sup>154</sup> HEGEL, F. *Filosofía del Derecho...*, op.cit., p. 62.

<sup>155</sup> HEGEL, F. *Lecciones de filosofía de la historia*, Ed. PPU, Barcelona, 1989, p. 58.

<sup>156</sup> MARX / ENGELS. *La ideología Alemana*, Ed. Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1971, p. 358.

Para NIETZSCHE<sup>157</sup>, la voluntad no existe en absoluto y en cambio considera que la libertad de la voluntad es esencialmente el efecto de superioridad con respecto a quien tiene que obedecer: “yo soy libre, él tiene que obedecer” (cap. 19), en toda voluntad se esconde esa conciencia. La libertad consiste en asumir el destino; en asumir los innumerables momentos de mi yo como míos, no decir, eso paso, eso fue, sino así lo quise, así lo quiero. Es asumir el tiempo como un presente continuo, es un acto de auto responsabilidad. Hay que vivir todo con una responsabilidad plena.

SCHOPENHAUER<sup>158</sup> consideró que el concepto de libertad es negativo. Representa la falta de todo impedimento u obstáculo y puede concebirse la libertad de tres modos de ser que pueden afectar el obstáculo: la libertad física<sup>159</sup>, la libertad intelectual<sup>160</sup> y la libertad moral. *La física* es la ausencia de obstáculos de cualquier naturaleza; *la intelectual* significa que las acciones del hombre son el resultado verdadero y no alterado de la reacción de su voluntad bajo la influencia de los motivos que en el mundo exterior están presentes a su espíritu, por lo tanto se le debe imputar moral y jurídicamente, excepto cuando el mediador de los motivos o el entendimiento se perturban – locura, delirio, del paroxismo, de la pasión y del sopor producido por la embriaguez – o cuando causas exteriores alteran el concepto fijo de los motivos –error–; y la libertad moral<sup>161</sup>, constituye el libre albedrío constituido por el lazo que existe entre la libertad física y la moral, esto es que la libertad física se relaciona con los obstáculos materiales para que exista, pero luego se observa que el hombre sin luchar contra esos obstáculos no ha podido verificar la acción, por ejemplo por amenazas, promesas, perspectivas de peligro, entre muchas otras, entonces surge el interrogante de “si un hombre sometido a semejante influencia es libre o si realmente un motivo contrario con fuerza suficiente puede hacer tan imposible, como si fuese un obstáculo físico, la acción indicada por la voluntad”.

Para HOBBS<sup>162</sup>, la libertad significa la ausencia de oposición, es decir, los impedimentos externos al movimiento. De acuerdo con esta significación es un hombre libre “quien en

---

<sup>157</sup> NIETZSCHE. *Más allá del bien y del mal*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1983, pp. 39-44.

<sup>158</sup> SCHOPENHAUER, A. *La libertad...*, op.cit., p. 10.

<sup>159</sup> SCHOPENHAUER, A. *La libertad...*, op.cit., p. 7.

<sup>160</sup> SCHOPENHAUER, A. *La libertad...*, op.cit., p. 150.

<sup>161</sup> SCHOPENHAUER, A. *La libertad...*, op.cit., p. 10 ss.

<sup>162</sup> HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una República Eclesiástica y Civil*. Capítulo XXI. “De la Libertad de los súbditos”, Ed. Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2005, p. 171 ss.

aquellas cosas de que es capaz con su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea.” Afirma además que

*“...del uso del término libre albedrío no puede inferirse libertad de la voluntad, deseo o inclinación, sino libertad del hombre, la cual consiste en que no encuentra obstáculo para hacer lo que tiene voluntad, deseo o inclinación de llevar a cabo.”*

La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano confirmó por primera vez, un carácter político al derecho a la libertad, como elemento esencial de los DH. El contrato social, por su parte redujo la libertad a lo que le quedaba al individuo después de enajenarla a la comunidad. La revolución americana también tuvo una marcada influencia en el desarrollo de los derechos fundamentales y en especial del derecho a la libertad.

La libertad ha sido considerada entonces, como uno de los elementos esenciales de las primeras constituciones, desde el Estado burgués o clásico liberal, pasando por el Estado intervencionista y cobrando fuerza especial en el Estado Social de Derecho.

Así, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789 estableció en el

Artículo 4 que: *“La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley.”*.

En el art. 5 que *“La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido”*.

En el art. 8 que *“La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias”*.

En el art. 9 que *“Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley”*.

Podemos darnos cuenta de la importancia que la libertad ha tenido a lo largo de la historia y que ha sido objeto de múltiples reflexiones por parte de filósofos y juristas, y en general ha

sido tomado por la sociedad del Estado Moderno como una bandera de garantía de derechos para los ciudadanos.

A pesar de ser reconocido el derecho a la libertad, no puede ejercerse en forma absoluta, sino que se encuentra limitada en la medida en que se vulnere el ámbito de acción de libertad de los demás miembros de la sociedad. Es por esta razón que las sociedades modernas han considerado que el derecho de libertad está sujeto a límites y restricciones en tanto no afecten la coexistencia pacífica de la sociedad en la medida en que sus actuaciones le causen daño.

Esto significa que la libertad está sujeta a restricciones y limitaciones en tanto, que, desde el punto de vista material, se genere un daño a la sociedad. Sobre este aspecto en particular surgen varios interrogantes: ¿En qué medida se causa un daño a la sociedad?, ¿Quién determina ese daño?, pero lo más importante ¿quién y cómo se estima la sanción –límite de la libertad– frente a ese daño?

El daño que se cauce a la sociedad ha sido, primordialmente, objeto de estudio del Derecho penal; es allí donde se determinan cuáles son los bienes jurídicos que deben ser objeto de tutela por parte del legislador, en relación con la afectación de los derechos de los demás integrantes de la sociedad, en cuanto que se desborda por parte del infractor el ámbito de acción que le otorga el derecho de su propia libertad.

Para dilucidar con mayor claridad estos interrogantes es necesario remitirnos a uno de los presupuestos más representativos que determinan el límite del derecho a la libertad. Este concepto emana de pacto social<sup>163</sup>: El contrato social tiene como fin la conservación de los contratantes. Quien quiere el fin, dice Rousseau, quiere también los medios, y estos medios son inseparables de algunos riesgos e incluso de algunas pérdidas. Quien quiere conservar su vida a expensas de los demás debe darla también por ellos cuando sea necesario.

Cuando se acepta el pacto social, se acepta también que el gobernante ejerza el jus puniendi: la facultad del Estado para imponer el castigo a quien infrinja el pacto social: el ciudadano no es juez del peligro al que quiere la Ley que se exponga, y, cuando el príncipe le haya dicho “Es indispensable para el Estado que mueras”, debe morir, puesto que sólo con esta condición ha vivido hasta entonces seguro y ya que su vida no es tan solo una merced de la naturaleza, sino un don condicional del Estado.

---

<sup>163</sup> ROUSSEAU, J. *El Contrato social*, Ed. Panamericana, Bogotá, 1994, pp. 53 y 54.

La pena de muerte infligida a los criminales puede ser considerada, casi desde el mismo punto de vista: “a fin de no ser la víctima de un asesino se consiente en ello si se llega a serlo”. En este pacto, lejos de disponer de la propia vida, no se piensa sino en darle garantías y no es de suponer que ninguno de los contratantes premedite entonces la idea de dar motivo a que se le ajusticie. Todo malhechor al atacar el derecho social se hace rebelde y traidor de la patria; deja de ser miembro de ella al violar las leyes, entonces la conservación del Estado es incompatible con la suya: es preciso que uno de los dos perezca y cuando se hace morir al culpable no es como ciudadano, sino como enemigo. Un enemigo tal, no es una persona moral es un hombre y entonces el derecho de guerra es matar al vencido.

Si en virtud de la soberanía que cada persona cede al Estado está implícito la cesión de la libertad de cada uno, es fundamental que el bien jurídico de mayor relevancia es la misma sociedad, la sociedad emanada del pacto social. La concepción clásica de libertad en sentido positivo para Rousseau, consiste en que la libertad en el estado civil es la única que verdaderamente hace al hombre dueño de sí mismo porque la obediencia a la Ley que se ha prescrito es la libertad.

Desde esta perspectiva, BECCARÍA<sup>164</sup> desarrolla su teoría de los delitos y de las penas cuando afirma que “la suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una Nación y el soberano es su administrador y legítimo depositario”, pero no es suficiente ser el legítimo depositario, es necesario defenderlo de las usurpaciones ajenas, para lo cual se necesitan las penas –motivos sensibles– contra los infractores de aquellas leyes - usurpadores -.

Concluye<sup>165</sup> diciendo que la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad y por esto han errado quienes creyeron que lo era la intención de quien los comete. Solo la necesidad ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposición de los intereses la idea de la utilidad común que es la base de la justicia humana. Ese daño lo determina el legislador – representante de la sociedad unida por el pacto social - ya que solamente mediante las Leyes se pueden decretar las penas de los delitos.

---

<sup>164</sup> BECCARÍA, C. *De los Delitos y de la Penas*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 9 y ss.

<sup>165</sup> BECCARÍA. *De los Delitos y de la Penas*, op.cit., p. 21.



Se puede afirmar entonces, que el daño material que se causa a la sociedad es el que determina la imposición de la pena y es únicamente el legislador quien tiene la potestad para hacerlo<sup>166</sup>. Pero de igual forma, Beccaría establece unos límites al mismo legislador a partir de que toda pena –dice el gran MONTESQUIEU– que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica.

Se puede afirmar también, que la libertad es la facultad que tiene una persona de actuar de acuerdo con su propia voluntad, siempre y cuando no transgreda el ámbito de libertad de las demás personas. Esta primera aproximación se desprende de las innumerables corrientes filosóficas que a través de la historia se han referido a este tema. Es así, como la libertad se puede entender en sentido negativo – no hacer –, en sentido positivo – hacer –, en sentido subjetivo – interno –, en sentido objetivo – externo –, en sentido jurídico – contenido en una norma jurídica –, en sentido político – reconocido por el Estado a sus ciudadanos –, en sentido material – real o físico –, o en sentido formal – abstracto –, pero en todos los casos limitando el ámbito de ejercicio de la libertad en relación con la sociedad.

---

<sup>166</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-121 de 2012. La Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. “1. Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de Ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las Leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. “2. Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a DH ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad. “3. Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional (...). “6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva”.

En todos y cada uno de estos aspectos de la libertad, tiene injerencia el poder punitivo del Estado:

En sentido negativo cuando de manera expresa, la norma penal determina qué comportamientos le están prohibidos al ciudadano y esto se puede verificar en casi todos los tipos penales que tienen una configuración prohibitiva – afirmativa de manera tácita -, ya que la estructura de norma jurídica está referida a una afirmación de no hacer, que las persona no pueden realizar por virtud de la sanción penal.

En sentido positivo cuando la norma penal obliga a la realización de un comportamiento al ciudadano, es decir, se impone una obligación de hacer y en caso contrario, se aplica la sanción penal, como en los casos de los tipos penales de omisión pura como de los de comisión por omisión y aún en el tipo penal culposos cuando se está en la obligación de cumplir una norma objetiva de cuidado que obliga a hacer algo.

En sentido objetivo o externo, se refleja básicamente en las actuaciones de los individuos que de manera concreta, con ese actuar, pueden realizar una conducta contraria a la norma jurídica y está determinada por los hechos en sentido meramente objetivo. Se presenta cuando se estudia el hecho delictivo como tal, sin ningún tipo de juicio valorativo. Desde esta perspectiva, el acto de quitarle la vida a otra persona configura el elemento objetivo y externo.

Desde todos estos tópicos se restringe la libertad, inclusive, en el sentido subjetivo-interno, frente al cual pareciera, prima facie, que no incursiona el poder punitivo, cuando por ejemplo, se penalizan conductas que no son conductas, sino omisiones y se hacen merecedoras de la imposición de la pena, como en el caso concreto de la doctrina de la *actio libera in causa*, que se refiere a la imputación jurídica de responsabilidad que se hace ex ante a la realización de la conducta, generando responsabilidad penal no por la conducta realizada, sino por la falta de previsión o el deseo subjetivo previo a ella.

Se incorporan al sistema jurídico penal, instituciones que valoran situaciones subjetivas y no otras consideraciones para privar de la libertad a una persona; desde el punto de vista de la teoría del delito en cuanto al aspecto de la imputación personal cuando se determina el factor subjetivo del dolo o la culpa.

Pero lo que más llama la atención es la forma como el sistema punitivo incursiona directamente dentro del ámbito de autonomía interna del individuo, aún antes de que se le halle responsable, es decir, mientras prevalece el principio de la presunción de inocencia. Esto sucede cuando se ordena la privación de la libertad del individuo como medida de cuidado,

como medida de prevención, como medida precautelativa, como medida peligrosista, como medida cautelar, por razones de carácter subjetivo en cuanto que representa un *peligro para la sociedad, para la familia, e incluso para él mismo*.

En sentido jurídico. Está determinado por el no cumplimiento de la norma jurídico penal. En este caso, el solo hecho de no cumplir o mejor de incumplir la realización o no realización de un comportamiento, desemboca necesariamente en la injerencia del Estado para castigar al infractor. Incluso, previamente a esta injerencia, la norma penal en sí misma, constituye el sentido jurídico del comportamiento y la sanción penal. Podemos afirmar que está determinado fundamentalmente por el principio de legalidad en estricto sentido.

En sentido político. Se refiere desde el punto de vista eminentemente político, al reconocimiento que hace el Estado a sus ciudadanos de ser titulares de derechos, entre ellos, el de la libertad, con las restricciones y responsabilidades que estos conlleva- Este es el aspecto de mayor connotación de injerencia en la libertad del ciudadano; cuando el Estado, en virtud del ejercicio del *jus puniendi*, considera que puede afectar, restringir y porque no decirlo, extinguir el derecho de la libertad de una persona.

En relación con el concepto de libertad formal y libertad material tenemos que el primero, hace alusión al aspecto formal de la prohibición penal de hacer o no hacer algo, contenido en la norma jurídica, así como determinar normativamente la sanción, el procedimiento y la ejecución. La norma jurídica, entendida como el deber ser; y el segundo, esto es el material, se refiere a la materialización de la restricción de la libertad, con la pena, con la medida de aseguramiento o cautelar o incluso con la extinción misma de la libertad, como por ejemplo, cuando se imponen medida cautelares indefinidas o cadena perpetua.

Como se evidencia, es precisamente, en el ámbito del Derecho penal donde se refleja con mayor claridad la restricción del derecho a la libertad, en todos sus sentidos, especialmente, porque es allí, donde se materializa su ejercicio.

CARRARA<sup>167</sup> por ejemplo, considera que no es verdad que el Derecho penal restrinja la libertad humana, pues no es limitación de la libertad el impedimento que se interpone entre el asesino y la víctima, porque la libertad humana no es otra cosa que la facultad de ejercer la propia actividad sin agravar los derechos ajenos. La restricción nace de la Ley natural que le

---

<sup>167</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte general*, Vol. I. Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 19.

dio a la humanidad derechos, y les impuso a los hombres el deber de respetarlos. La Ley humana no minora la libertad, al circunscribirla dentro de los límites de su naturaleza.

ZAFFARONI<sup>168</sup> por su parte, considera que obviamente la pena y todas las restantes consecuencias jurídicas de un delito deben privar, limitar o restringir ciertos derechos. No obstante, toda pérdida o restricción de derechos proveniente de la consecuencia jurídica de un delito debe tener un límite temporal, dentro del sistema penal, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica negativa imborrable durante toda la vida del sujeto.

FERRAJOLI<sup>169</sup>, mediante el modelo de teoría garantista, considera que la libertad en el campo del Derecho penal debe restringirse pero sobre la base de la última ratio, ya que la Ley penal debe estar dirigida a minimizar la violencia ejercida por el Estado. En consecuencia, la ley penal se justifica, en cuanto, ley del más débil orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte. De este modo, los derechos fundamentales constituyen precisamente, los parámetros que definen el ámbito y los límites de la libertad.

Respecto a un sistema tan penetrante que puede muy bien combinarse con medidas de prevención especial para quien es considerado peligroso, la defensa del Derecho penal equivale a la defensa de la libertad física y moral, y contra la trasgresión. El Derecho penal, en aparente paradoja, viene a configurarse como una técnica de control que garantiza la libertad de todos ya que efectivamente, la prohibición y la represión penal producen restricciones de la libertad.

Dentro de este contexto, puede afirmarse, que sea cual sea la teoría que se acoja, en términos generales coinciden, en que la libertad puede ejercerse por los individuos en la medida en que no afecte el ámbito de ejercicio de los derechos de los demás miembros de la sociedad, y aún del mismo Estado y en consecuencia, que en la medida en que se vulneren estos ámbitos de acción, el Estado tiene la facultad de restringir y limitar el ejercicio de la libertad.

Es así, como la libertad se ha configurado como un derecho fundamental en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos pero dentro de un ámbito de restricción, mediante la pena y la detención preventiva.

---

<sup>168</sup> ZAFFARONI, E. *Tratado de Derecho penal, parte general*, Vol. V. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 116.

<sup>169</sup> FERRAJOLI, L. *El Derecho penal mínimo*. En Poder y Control N° 0. Barcelona, 1986, p. 36.

TUGENDHAT<sup>170</sup>, cuando se refiere a derechos que los sujetos tienen, se refiere a los llamados derechos subjetivos y considera que dentro de la discusión en el derecho fundamental acerca de los DH o fundamentales, el concepto de libertad juega tradicionalmente un papel básico. La ideología que lo había respaldado fue en otros tiempos, que el hombre en “estado de naturaleza” es en principio libre; con la fundación de un Estado entrega parte de su libertad a él, por lo que la tarea del Estado legítimo es asegurar mutuamente la libertad de los individuos en la medida en que no impidan la libertad de los demás y cuando el Estado, al encargarse de esa tarea, limita la libertad de los individuos, queda en ello vinculado a aquéllas libertades de los demás que se estipulan en los derechos fundamentales.

ALEXY<sup>171</sup> para el desarrollo de su teoría de los derechos fundamentales escribe que: “Los derechos fundamentales deben asegurar la libertad” y por ello el argumento principal para los derechos sociales “debe ser un argumento de libertad”.

RAWLS<sup>172</sup> resume su teoría de la justicia en dos principios fundamentales: el primero postula que “cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos” mientras que el segundo señala que

*las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean a la vez: a) para mayor beneficio de los menos aventajados de acuerdo con el principio de ahorro justo y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades (p.25).*

La formulación de RAWLS en torno a las libertades básicas, “solo pueden ser restringidas en favor de la libertad en sí misma”. Tal restricción únicamente se podría justificar para reforzar el sistema general de libertades o cuando es aceptada por los posibles perjudicados por razones de interés colectivo.

Como se desprende de las diferentes teorías, la libertad es elemento esencial para determinar la fundamentalidad de los derechos básicos, y cuando éstos se restringen, se ve afectada no solamente, la esencia misma del ser humano, sino también el principio de la dignidad humana.

La Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia T 406 de 1992, considero que los derechos fundamentales están determinados por los criterios axiológicos formales los criterios

---

<sup>170</sup> TUGENDHAT. *Lecciones sobre Ética*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 343.

<sup>171</sup> ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 80 ss.

<sup>172</sup> RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México D. F., 1997.

auxiliares y el criterio de conexidad<sup>173</sup>, lo que significa que un derecho es fundamental cuando hace parte de aquellos bienes jurídicos que por estar inseparablemente unidos a la condición humana, por integrar su núcleo jurídico primario, constituyen el fundamento de la comunidad, en cuanto le sirven de principio y de razón.

Los derechos que todo ser humano lleva como atributos jurídicos innatos, se caracterizan por su calidad de inalienables, en cuanto no admiten enajenación, cesión ni transferencia de su contenido imprescindible y para que tengan la calidad de fundamental deben tener conexión directa con los principios, eficacia directa y contenido esencial<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T- 406 de 1992. el criterio axiológico formal, el derecho fundamental se identifica por su naturaleza valorativa o propiedad ética intrínseca; es decir, son inherentes y esenciales a la persona humana de tal manera que sin ellos no es comprensible la existencia del ser humano con sus atributos definitorios: racionalidad, libertad y autonomía moral, y con el status de dignidad que le es inherente y por ser derivación inmediata, directa y evidente de ciertos valores y principios supremos que hacen las veces de axiomas éticos, son: la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, el trabajo y la solidaridad. Su premisa básica es la consideración de la persona humana como elemento esencial del Estado Social de Derecho.

Los criterios auxiliares o técnicos, se refieren a ciertas características externas al derecho que sirven para precisar y adquirir certeza sobre si un derecho es fundamental tutelable, de los cuales pueden gozar únicamente ciertos derechos en razón de su estructura normativa; específicamente los derechos individuales de integridad, de libertad, de defensa, y de participación y que corresponden a los de aplicación inmediata, es decir, que no necesitan una intermediación normativa y deben contener una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del solo texto constitucional. Un segundo elemento de este criterio es el contenido esencial o núcleo esencial, que significa que para ser fundamental el derecho, necesita albergar un ámbito necesario e irreducible de conducta que el derecho protege con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en que él se manifieste.

El tercer criterio, es de conexidad, que se presenta cuando un derecho no tiene en principio el carácter del poder fundamental a la luz de los criterios principales o auxiliares, pero que se hallan íntimamente ligados a un derecho catalogado como fundamental de una manera tal, que si no se protege aquél se pone en serio peligro éste.

<sup>174</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T- 406 de 1992. 1) Conexión directa con los principios. Los principios constitucionales que se fundamentan en un Estado Social de Derecho son la base axiológica jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. De aquí se deriva el hecho de que toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir de los principios. Los derechos fundamentales son emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. “Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio”B.1. Conexión directa con los principios.

2) Eficacia Directa. Para que un derecho constitucional pueda ser considerado fundamental debe además ser el resultado de la aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa. La eficacia de las normas constitucionales no se puede determinar en abstracto; depende de las circunstancias propias de los hechos, es decir, que una norma de aplicación inmediata (Art. 85<sup>174</sup>) puede tener mayor o menor eficacia dependiendo de cada caso; lo mismo un valor o un principio. El juez debe encontrar en la relación hecho - norma la decisión más razonable, no, solo, desde el punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista fáctico.

3) El contenido esencial. Es el núcleo básico del derecho fundamental que no es susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. Este concepto es una manifestación del

Puede afirmarse entonces, que el derecho de la libertad es un derecho fundamental porque permite el desarrollo integral de la persona, limita el poder político y busca la plena realización del bien común. No obstante, la misma constitución señala límites que surgen ya del propio sentido que tienen en sí mismo, ya en virtud de su función, o de las exigencias planteadas en virtud del derecho ajeno<sup>175</sup>, en el sentido de que el ejercicio de dichos derechos y libertades implica responsabilidades y consagra expresamente lo que debe hacer toda persona: “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios’.

La libertad, al igual que los demás derechos fundamentales, no son absolutos; gozan de un amplio margen de restricción, más aún cuando mediante la infracción a la ley penal se vulneran derechos de los demás miembros de la sociedad o mejor de bienes protegidos por el Estado.

En casi todas las teorías a las cuales hemos hecho referencia y muchas otras, se ha planteado la relatividad de los derechos. En relación con la libertad, se ha dicho que esta no es absoluta; que el libre albedrío depende del querer y la voluntad de cada persona y es de su potestad decidir si viola o no un derecho; que la libertad se puede ejercer en sentido positivo como forma de autodeterminación de la voluntad y en sentido negativo al no realizar determinadas acciones que pueden afectar a otros; que la libertad es un derecho el cual ha sido ejercitado en la medida en que los ciudadanos ceden parte de su soberanía al Estado para que éste mantenga la convivencia pacífica de la sociedad y que si esta convivencia se ve afectada el Estado debe entrar a restringir el derecho mediante la represión que no es otra que la norma penal.

La libertad entonces es reconocida como un derecho fundamental – Estado Social y Democrático de Derecho – de carácter relativo y por lo tanto está sujeto a restricciones, limitada por el instrumento que tiene el Estado: el ordenamiento jurídico que incluye estas limitaciones desde las mismas normas del Derecho Internacional y de la normatividad constitucional; concretándose en el derecho sustancial y en las normas de procedimiento penal.

#### *La pena alternativa y la detención preventiva respecto a la libertad.*

El castigo ha sido una constante en el devenir de la humanidad. Contenido en el antiguo testamento se impuso como forma de penar por la desobediencia a la Ley. Adán y Eva fueron los primeros que la padecieron cuando Dios le ordenó a Adán: “*No comas del fruto de ese árbol*

---

iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII según el cual existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan. Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas.

<sup>175</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991. art. 95.

porque si lo comes, ciertamente morirás<sup>176</sup>” y por su desobediencia, la primera pena que Dios impuso a Eva fue

*“Aumentare tus dolores cuando tengas hijos, y con dolor los darás a luz. Pero tu deseo te llevará a tu marido, y él tendrá autoridad sobre ti. Al hombre dijo: Como le hiciste caso a tu mujer y comiste del fruto del árbol que te dije que no comieras, ahora la tierra va a estar bajo maldición por tu culpa; con duro trabajo la harás producir tu alimento durante toda tu vida. La tierra te dará espinos y cardos y tendrás que comer plantas silvestres. Te ganarás el pan con el sudor de tu frente hasta que vuelvas a la misma tierra de la cual fuiste formado, pues tierra eres y en tierra te convertirás”.*

Con la primera sentencia condenatoria, se crea la necesidad de castigar para lograr la obediencia, o mejor, para evitar la desobediencia.

A través de la historia esto, no solo, no ha cambiado, sino que se han creado nuevas *semiotécnicas*<sup>177</sup> del castigo para justificarlo y legitimarlo<sup>178</sup>.

El código de HAMMURABI<sup>179</sup>, constituye la primera recopilación de Leyes de la historia, aproximadamente hacia 1760 A.C. y en él, aparece inscrita toda una escala de penas según los delitos y crímenes cometidos. La base de esta escala es la Ley del Talión y el castigo varía

---

<sup>176</sup> LA BIBLIA. Génesis. 2. El hombre en el Jardín del Edén.

<sup>177</sup>FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Ed. Siglo XXI editores, Ciudad de México, 1998, 27ª ed, p. 107. “Esta semiotécnicas de los castigos, este ‘poder ideológico’ es el que en parte al menos, va a quedar en suspenso y habrá de ser sustituido por una nueva anatomía en la que el cuerpo, de nuevo, pero en forma inédita, será el personaje principal”.

<sup>178</sup>FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*., op. cit., p. 17. “... Lo cual lleva consigo varias consecuencias: la de que abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; es la certidumbre de ser castigado y no ya el teatro abominable, lo que debe apartar del crimen; la mecánica ejemplar del castigo cambia sus engranajes”.

<sup>179</sup> HAMMURABI: (siglo XVIII a.C.) Rey de Babilonia, el gobernante más importante de la primera dinastía de Babilonia. No pueden ofrecerse fechas exactas de su vida y su reinado, aunque se puede establecer su reinado desde aproximadamente el 1792 hasta el 1750 a.C. Aumentó su Imperio hacia el norte desde el golfo Pérsico, a lo largo de los valles de los ríos Tigris y Éufrates, y hacia el oeste hasta las costas del mar Mediterráneo. Después de consolidar sus adquisiciones bajo un gobierno central en la ciudad de Babilonia, puso todas sus energías en la protección de sus fronteras y en el fomento de la prosperidad interna del Imperio. Durante su largo reinado supervisó personalmente la navegación, el riego, la agricultura, la recaudación de impuestos y la construcción de templos y otros edificios. Aunque fue un líder militar y un gran administrador, se le recuerda principalmente por su codificación de las Leyes que regían la vida babilonia, conocida como Código de Hammurabi. Tomado de la página: <http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd98/HisArtLit/01/glosario.htm#Código>.



según el tipo de delincuente y de víctima<sup>180</sup>. En él se enumeran los delitos, las sanciones, la composición<sup>181</sup>, la multa, el talión, las mutilaciones y las marcas<sup>182</sup>.

Desde tiempos remotos<sup>183</sup>, se ha utilizado la pena como forma represiva. Al principio se redujo al castigo físico que recaía en el cuerpo humano y posteriormente también recayó en el castigo psicológico. La privación de la libertad que se configuró con el surgimiento de la cárcel, se configuró, también, como una forma de castigo.

La idea de pena nació del sentimiento de venganza del hombre. En las sociedades primitivas el sentimiento congénito de venganza privada, como la llamara CARRARA, fue elevado de su naturaleza de deseo a su naturaleza de derecho exigible y redimible a voluntad del ofendido; es así, como el concepto de venganza divina fue sustituyéndose al concepto de venganza privada, convirtiéndose, en la forma legítima para castigar.

CASTELLANOS<sup>184</sup> hace un breve recorrido histórico del origen del castigo y refiere que la venganza privada o de sangre se originó por el delito de homicidio y las lesiones y como los vengadores se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo la necesidad de limitarla a la Ley del talión, para determinar que el grupo solo reconocía al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido. Luego surge la *compositio*, que le confiere al ofendido vender la venganza de su ofensor y posteriormente venganza divina se encargará de hacer justicia. Finalmente, la venganza publica en cabeza de los Estados como

---

<sup>180</sup> Tomado de la página: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>.

<sup>181</sup> PEREZ, L. *Derecho penal*. Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2ª ed. 1987, p. 99. “Cuando alguien cometía una falta, tenía que arreglarse con la parte ofendida, pero la composición no era castigo proveniente del ordenamiento común”. “La composición se extendió a casi todos los pueblos europeos y existió entre los habitantes de la América precolombina. Entre los araucanos se evitaba la venganza mediante el pago de sartas de piedras veteadas de blanco y negro, como refiere Rosales en su historia de Chile, según referencia de Fontecilla Riquelme. Se daba el nombre de llancas a esta clase de prestaciones con que se compensaba el mal de todo orden ocasionado por el delito”.

<sup>182</sup> PEREZ, L. *Derecho penal*. Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2ª ed. 1987, p. 96.

<sup>183</sup> Código de Hammurabi, Ed. Editora Nacional, Madrid, 1982. El Código de Hammurabi es una recopilación de 282 artículos grabados en una estela que hoy se encuentra en el Museo del Louvre. En la estela se nos cuenta cómo al rey Hammurabi, sexto monarca de Babilonia (hacia 1730-1750 a. C.), el dios de la justicia, Samash, le entregó las Leyes para que se cumplieran entre sus súbditos. Entre estas Leyes se introdujo la Ley del talión. Una traducción al español de este viejo código puede encontrarse en la edición de F. Lara,

<sup>184</sup> CASTELLANOS, F. *Lineamientos elementales de Derecho penal. Parte General*, Ed. Porrúa, Argentina, 1977, pp. 32-34.

una concepción política, en virtud de la cual los tribunales juzgan en nombre de la colectividad y para su ‘salv guarda’ se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas.

Posteriormente, era el soberano quien imponía la pena sobre la persona que actuase en su contra o en contra de sus súbditos y quien poseía un poder absoluto en materia de imposición de la pena; y en la actualidad se le adjudica al Estado Moderno ésta tarea en nombre y representación de la sociedad en general, quien le confirió el ejercicio del *Jus puniendi*; es decir, la materialización del ejercicio del poder institucionalizado.

La concepción de la pena como forma de castigo ha sido legitimada en el desarrollo histórico de la humanidad. Se han presentado diferentes formas para imponer el castigo, entre ellas, la privación de la libertad, cuando se transgreden, normas que han sido aceptadas socialmente y que protegen bienes que son objeto de tutela por parte del Estado.

La pena en virtud de ésta facultad que tiene el Estado, hace referencia a la justificación del ejercicio de la fuerza, que se ha caracterizado por ser un mecanismo de represión y coacción directo ejercido por parte del Estado contra aquéllas personas que vulneran bienes jurídicos tutelados.

El Derecho penal moderno se sustenta en este mismo sistema de castigo; pasando por la Ley del talión –ojo por ojo diente por diente–; por la venganza privada – *compositio*<sup>185</sup> –, hasta llegar a la imposición del castigo o violencia institucionalizada en cabeza del Estado Moderno y su continuación en el Estado Social y Democrático de Derecho en virtud del ejercicio del poder punitivo de que es titular el Estado.

Se parte de una verdad absoluta implícita al Derecho penal, esto es, que su fundamento y esencia es la imposición de un castigo frente a la desobediencia de la norma penal emanada del mismo Estado. Si una persona le quita la vida a otra sin justa causa, se parte de la premisa que debe ser castigada en virtud de que dicha conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico penal, no se hace pensando en el sujeto pasivo o en las víctimas. Al Derecho penal no le interesan las víctimas del comportamiento delictivo, sino el ejercicio del *ius puniendi*.

---

<sup>185</sup> La *Compositio*: compensar con cosas el daño causado con el delito, prestación que se hacía a la víctima o a sus familiares, por el ofensor o sus parientes. Disponible en: <http://penalgeneralco.galeon.com/enlaces1978909.html>

La *garantía* que emana del Estado está en la imposición de la pena, no en la protección a las víctimas, pues a éstas ya se les vulnera el derecho. Para el Derecho penal la garantía de los bienes jurídicos está en la imposición de la pena, no en la garantía misma del bien jurídico.

El Derecho penal, desde el punto de vista de la política la criminal de un Estado que se sustenta en la primacía y garantía de los derechos fundamentales, debe entenderse como residual, esto es, que la aplicación de la pena debe darse como la última razón del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. Debe ser la *última ratio*.

El Estado debe actuar dentro de ciertos límites que no puede traspasar: dentro de los parámetros de los derechos fundamentales, dentro del marco de la ponderación de derechos y del principio de proporcionalidad. Debe considerar el papel que juega la sociedad dentro de este contexto de imposición de castigo; y, a partir de criterios de racionalidad y razonabilidad, delimitar el ámbito de acción del ejercicio del *ius puniendi*, con fundamento en la garantía de protección de los derechos de todos los ciudadanos; inclusive de aquellos que han infringido la ley penal.

La pena entonces, debe ser racional; entendida la racionalidad como la coherencia interna del discurso jurídico penal y su valor de verdad en cuanto a la operatividad social, acorde con principios reguladores de ponderación y proporcionalidad, dentro del marco de la imposición de la pena como *ultima ratio*<sup>186</sup>.

ROXIN dice acertadamente:

*“La imposición de una pena por ser la más dura restricción de la libertad del ciudadano de que dispone el Estado, únicamente se puede legitimar cuando sea materialmente imposible suprimir una determinada perturbación social, mediante medidas menos duras de política social”.*

IHERING por su parte, considera que en todo el campo del derecho No hay concepto alguno que pueda rivalizar en significado histórico y cultural como el de la pena. “Ninguno refleja la imagen fiel del modo de pensar y sentir del pueblo en cada tiempo, el altímetro de su civilización”. Ningún otro concepto recorre como él todas las fases del desarrollo moral del

---

<sup>186</sup>ZAFFARONI, E. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal*. Ed. Temis, Bogotá, 2000, p.7. Refiriéndose a la utópica legitimidad del sistema penal, ZAFARONNI considera que “el sistema penal es una compleja manifestación del poder social. Por legitimidad del mismo entendemos la característica que le otorgaría su racionalidad. El poder social no es algo estático, que se “tiene”, sino algo que se ejerce —un ejercicio —: y el sistema penal quiere mostrarse como un ejercicio de poder planificado racionalmente” “Si ese discurso jurídico penal fuese racional y el sistema penal operase conforme al mismo; el sistema penal sería legítimo”.

pueblo. “El Derecho penal es el rostro del derecho, en que se revela la entera individualidad del pueblo, su pensamiento y sentir, sus afectos y pasiones, su civilidad y barbarie, en breve, donde se refleja su alma”<sup>187</sup>.

Es por esto, que el Derecho penal ocupa un lugar central en el ordenamiento jurídico y en el sistema político, ya que en el tratamiento penal se manifiesta en una relación directa entre el Estado y el ciudadano; entre el poder público y la libertad privada y entre defensa social y derechos individuales. En consecuencia, el problema de legitimación y justificación del Derecho penal, plantea en sí mismo, la legitimidad del Estado, de cuya soberanía, es precisamente, el poder de castigar que puede llegar hasta la manifestación más violenta, más seriamente lesiva a los intereses fundamentales del ciudadano.

MIR PUIG considera que el *ius puniendi* debe tener límites en un Estado Social y Democrático de Derecho y plantea principios básicos para ello:

Principio de intervención mínima, es decir que el Derecho penal no es el instrumento para resolver los problemas de índole social y económica de una sociedad. Solamente, es uno de los instrumentos que permiten garantizar en algunos casos, la convivencia pacífica de la comunidad.

Principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho penal ha de ser la última ratio; el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos.

Carácter fragmentario del Derecho penal. El derecho no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos que protege, sino los de mayor gravedad...

Principio de humanidad. Se fundamenta en la dignidad de las personas.

Principio de culpabilidad. Exige como presupuestos que la pena se imponga al responsable por la comisión de delitos ajenos; que no se castigue formas de ser de las personas mediante la implementación del Derecho penal de autor, sino por conductas que exigen un Derecho penal de hecho, cometido por culpa o dolo; que se garantice, materialmente, el postulado de la

---

<sup>187</sup> IHERING. *El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano*, Ed. IBdeF, Buenos Aires, 2013, pp. 56-59. “la historia de la pena es la de su ininterrumpida extinción. El comienzo del derecho es el predominio del concepto de la pena, el elemento penal penetra el derecho en su conjunto, todas las relaciones están más o menos mezcladas con él; el progreso del derecho consiste en una continua restricción del ámbito de la pena y una continua depuración de su concepto. Con este resultado que pese a ser de momento obtenido solo en el derecho romano, reclama validez para todos los derechos, estamos ante uno de los hechos histórico-culturales mas interesantes que pueda mostrar la historia jurídica para la educación del género humano, a saber, el avance de la humanidad desde la pasión salvaje, ciega y la sed de venganza hacia la moderación, el autodomínio, la justicia”.

presunción de inocencia, esto es, que no se impongan penas a una persona sin haber sido declarada culpable; y por último, es preciso además, que para que pueda considerarse culpable al autor, debe atribuírsele el hecho doloso o culposo<sup>188</sup>.

Al respecto, la Corte constitucional colombiana, mediante Sentencia T-425 de 1995, consideró que el Estado debe tener en cuenta los principios que sustentan en el Estado Social de Derecho, en relación con la imposición de la pena, entre ellos:

*Principio de armonización concreta. El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. El conflicto de derechos, no debe por tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y buscar su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalecía de una norma constitucional sobre otra*<sup>189</sup>.

Así, la pena ya no puede entenderse genéricamente como la consecuencia jurídica que comporta un hecho típico, antijurídico y culpable realizado por persona imputable, sino que está sujeta a los postulados constitucionales que se erigen en un Estado Social de Derecho.

*Principio de ponderación. Las condiciones bajo las que un principio prevalece sobre otro, constituyen el supuesto de hecho de una norma que determina las consecuencias jurídicas del principio prevalente. Esto significa que tienen validez las consecuencias jurídicas del principio prevalente. Esto no significa, ni mucho menos, que para todos los casos prevalezca el mismo principio. Precisamente, a causa de la posibilidad de nuevos casos, con nuevas combinaciones de características, no se puede construir una teoría uniforme para cada caso. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto.*

Algunos autores consideran que el concepto de ponderación no es más que un camuflaje a meras decisiones o instituciones<sup>190</sup>. Para ROBERT ALEXY, esta crítica sería correcta si no se tratara de un procedimiento de ponderación racional. Su tesis es que hay un procedimiento racional de ponderación que provee la teoría de los principios, esto es, mandatos de optimización que implican, la regla de proporcionalidad.

---

<sup>188</sup>MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*, Ed. Repertor, España, 2015, 10ª ed. Lección 4.

<sup>189</sup>CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-425 de 1995

<sup>190</sup> ALEXY, R. *Derecho y Razón Práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Ed. Fontamara, Ciudad de México, 1993, Reimp. 2002, p. 30.

Según la estructura de la Carta Política de Colombia, la mayoría de derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admiten la ponderación. La Constitución consagra formas de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que puedan dar mayor peso relativo a un derecho sobre otro.

Es así, como el juez constitucional debe evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de establecer las reglas que regulan y limitan los derechos, realmente, garantizan los derechos. Para esto, el juez cuenta con instrumentos suficientes para tomar decisiones sin menoscabar derechos esenciales, tales como su propio precedente: el juicio de proporcionalidad sustentado en la razonabilidad; la ponderación de los derechos; el contenido de los principios, etc.

El juicio de proporcionalidad, en el campo penal, implica que la potestad legislativa de tipificación que está sometida al control constitucional de las medidas que se adopten, teniendo en cuenta la protección del bien jurídico tutelado y la necesidad de esa protección, en contraste con otros bienes jurídicos que, a pesar de estar protegidos, deben restringirse.

Mediante el juicio de proporcionalidad, se estudia si los mecanismos y la restricción que se propone son adecuados para lograr el fin que se quiere alcanzar y si es proporcionada, esto es, que no se sacrifiquen valores y principios de un mayor peso constitucional que los que se pretende proteger. Lo que se busca es que la medida sea válida y cumpla objetivos constitucionalmente claros y fundamentales, que ponderados, legitimen la injerencia de un determinado derecho.

En Colombia, la imposición y aplicación de la pena como forma de castigo está legitimada en la ley penal<sup>191</sup>, procesal penal<sup>192</sup>, en el régimen carcelario y penitenciario vigente en la sociedad<sup>193</sup>, y en este momento, también la LJP<sup>194</sup>. Ello significa entonces, que es un deber del Estado imponer penas, ya que surge de su función misma, de la propia razón de su existencia.

---

<sup>191</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C. P. Col.).

<sup>192</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 600 del 24 de julio del 2000, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”; Ley 906 de 31 de agosto de 2004, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0600\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html).

<sup>193</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65 de agosto 19 de 1993, “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”.

<sup>194</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005 (LJP).

Se presenta aquí, uno de los primeros paradigmas de la JTr con la llamada *alternatividad penal*, que definitivamente puso a tambalear el concepto de proporcionalidad en la LJP y el concepto mismo de restricción de la libertad como forma de castigo.

Al parecer todo iba muy acorde con estos fundamentos que legitiman el castigo mediante el Derecho penal; hasta que se incorporó en la LJP la *alternatividad penal*.

La LJP definió la *alternatividad penal*, la competencia y el *quantum* de pena privativa de la libertad como un

*“beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, reemplazándola por una pena alternativa que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización”*<sup>195</sup>.

Dispuso que la competencia para determinar la pena alternativa era de la Sala de Conocimiento del Tribunal de Justicia y Paz y que dicha pena

*“consiste en privación de la libertad por un período mínimo de cinco (5) años y no superior a ocho (8) años, tasada de acuerdo con la gravedad de los delitos y su colaboración efectiva en el esclarecimiento de los mismos”*<sup>196</sup>.

Debe cumplir un período de prueba igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, para lo cual el beneficiario en este caso el postulado, se debe comprometer a su resocialización y a promover actividades *orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció*, a no reincidir y a presentarse periódicamente ante las autoridades competentes. En caso contrario, se revocará la libertad a prueba y se deberá cumplir la pena inicialmente determinada.

A nivel político, social y jurídico, plantea la posibilidad de la pena privativa de la libertad entre cinco y ocho años frente a crímenes considerados *de mayor gravedad*, lo que constituyó todo un desafío para la Corte Constitucional Colombiana, que profirió la Sentencia C-370 de 2006, declarando la constitucionalidad de la pena alternativa en la LJP, con base en los siguientes argumentos:

*“La tercera alternativa es la de ponderar la paz, la justicia en tanto valor objetivo, la justicia en tanto derecho de las víctimas y los demás derechos de éstas – v.gr. los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición. Esta es la opción que mejor respeta la complejidad de los problemas*

---

<sup>195</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005 (LJP). art. 3.

<sup>196</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005 (Ley de JyP). art. 29.

*jurídicos a resolver porque no excluye del análisis constitucional ninguno de los valores y derechos constitucionalmente relevantes (párr. 5.6.3.).*

*La ponderación se ha de llevar a cabo, en consecuencia, entre las diferentes maneras en que las normas demandadas afectan la justicia, y los demás valores y derechos constitucionales a proteger, a saber: la paz, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y el derecho a la no repetición de las conductas violatorias de derechos humanos. Cabe advertir que el problema novedoso que plantea la Ley 975 de 2005 es el de cómo ponderar la paz. La cuestión es compleja no solo por su novedad sino por la enorme trascendencia que la Constitución de 1991 le asignó a la paz (párr. 5.7.).*

*Observa la Corte que en principio un beneficio que involucra una rebaja punitiva, constituye una de las múltiples alternativas a las que puede acudir el legislador para alcanzar el bien constitucional de la paz. Sin embargo es preciso establecer si en su diseño se producen afectaciones desproporcionadas a otros derechos constitucionales, que resulten intolerables frente al orden constitucional. Aparentemente, una pena que oscile entre cinco y ocho años de prisión, podría resultar desproporcionadamente baja cuando se trata de grave criminalidad. Entonces es preciso determinar cuál es el sentido y el alcance de la ley en materia de imposición punitiva para desentrañar la naturaleza de esa pena y si la misma vulnera el valor justicia o los derechos de las víctimas (párr. 6.1.4.5.)”<sup>197</sup>.*

Consideró que la pena alternativa (i) Es un beneficio punitivo que conlleva la suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, el cual responde a características y propósitos específicos”. (ii) Es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria...; (iii) Es alternativa...; (iv) Es condicionada...; (v) Constituye pena privativa de la libertad de 5 a 8 años, que deberá cumplirse efectivamente sin que pueda ser afectada por otros subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, adicionales a la pena alternativa misma.(Par. Art. 29); (vi) Su mantenimiento depende de la libertad a prueba...; (vii) Extinción de la pena ordinaria inicialmente determinada...; (viii) Revocatoria de la pena alternativa y ejecución de la pena inicialmente determinada<sup>198</sup>.

*“Esta configuración de la denominada pena alternativa, como medida encaminada al logro de la paz resulta acorde con la Constitución en cuanto, tal como se deriva de los artículos 3° y 24, no entraña una desproporcionada afectación del valor justicia, el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado, y que debe ser cumplida si el*

---

<sup>197</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-370 de 2006, “Acumulación de penas en la Ley de Justicia y Paz – inconstitucionalidad expresión “pero en ningún caso la pena alternativa podrá ser superior a la prevista en la presente ley”.

<sup>198</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de Segunda Instancia, 25 de noviembre de 2015.



*desmovilizado sentenciado, incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena”<sup>199</sup>.*

Se otorga el beneficio de la pena alternativa consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria, reemplazándola por una pena alternativa que oscila entre 5 y 8 años de prisión que se concede por la contribución del beneficiario a la consecución de la paz nacional, la colaboración con la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización.

Tal y como lo dijo la Corte Constitucional, la llamada LJP, se ha erigido en una pieza fundamental en el camino para la consecución de la paz colombiana, siendo un instrumento decisivo en la concepción de la JTr que vive nuestro país:

*“Para incentivar estos procesos, la ley establece una reducción sustantiva de las penas de cárcel para quienes han cometido delitos de suma gravedad. En efecto, las personas responsables de tales delitos en el derecho nacional podrían llegar a ser acreedoras a una pena hasta de 60 años de cárcel y en el Derecho penal internacional podrían tener, incluso, cadena perpetua. Sin embargo, la Ley colombiana les otorga el beneficio de una pena efectiva que va entre 5 y 8 años, lo cual, sin duda, afecta derechos y principios constitucionales como el derecho a la justicia de las víctimas y de la sociedad y el principio de igualdad... No obstante, como lo ha señalado la Corte, con esta sustantiva reducción de las penas se persigue una finalidad constitucionalmente imperativa que no es otra que la búsqueda de la paz. En este sentido no sobra recordar que la búsqueda de este objetivo, mediante el otorgamiento de beneficios penales, puede justificar limitaciones importantes a los derechos, principios y valores del Estado constitucional, en particular, al derecho a la justicia. En efecto, como ya se mencionó, en la ponderación de bienes constitucionales el derecho a la justicia puede ser objeto de diferentes tipos de materialización, para lo cual el Legislador cuenta no solo con un amplio margen de configuración sino con autorizaciones constitucionales expresas, siempre y cuando se respeten ciertas condiciones, requisitos y límites constitucionales” (párr. 6.2.2.1.7.1.).*

La figura o el instituto que el legislador ha denominado *alternatividad* la Corte Constitucional la concibe como

*“En esencia, la alternatividad penal es un beneficio consistente en suspender la ejecución de la pena ordinaria aplicable en virtud de las reglas generales del Código Penal, para que en lugar de cumplir esta pena ordinaria, el condenado cumpla una pena alternativa menor, de un mínimo de 5 años y de un máximo de 8 años. En la sentencia condenatoria, primero, se fija la pena ordinaria (la principal y las accesorias), y, segundo, se reemplaza dicha pena, cuya ejecución es suspendida por ministerio de la Ley, por la pena alternativa de 5 a 8 años, entre otras determinaciones que han de tomarse en la sentencia. En el concepto de alternatividad penal adoptado en la Ley 975 de 2005 la*

---

<sup>199</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-370 de 2006. Pena Alternativa en Ley de Justicia y Paz - No entraña una afectación desproporcionada del valor justicia/Alternatividad Penal en la Ley de Justicia y Paz - Colaboración con la justicia debe encaminarse al logro efectivo de los derechos de las víctimas

*pena ordinaria no desaparece, sino que es fijada en la sentencia. Lo que sucede es que el condenado que reúna los requisitos establecidos en dicha Ley se beneficia con una pena alternativa inferior que también ha de ser fijada en la sentencia. Es esta pena alternativa la que efectivamente debe cumplir el condenado” (párr. 6.2.1.4.1.).*

En resumen, la Corte Constitucional consideró que la pena alternativa tiene pleno sustento en la Constitución colombiana en el entendido que, si bien la pena se impone como alternativa de la pena ordinaria, no se afectaría el principio de justicia, siempre y cuando se cumplan los objetivos de la ley para la búsqueda de la paz, pues este es un bien supremo que amerita que crímenes de gravedad puedan ser condenados con una menor pena.

Adicionalmente, la Corte consideró que los elementos esenciales de la pena alternativa se pueden resumir así

*“(i) Es un beneficio punitivo que conlleva suspensión condicional de la ejecución de la pena determinada en la respectiva sentencia, el cual responde a características y propósitos específicos.*

*(ii) Es judicial y sustitutiva de la pena ordinaria: la autoridad judicial competente impondrá en la sentencia la pena principal y las accesorias que correspondan de ordinario al delito conforme a los criterios establecidos en la Ley penal. Esta comprensión se deriva explícita y sistemáticamente del artículo 3º, 19, 20, 24 y 29.*

*(iii) Es alternativa: la pena que de ordinario le correspondería cumplir al condenado es reemplazada por una pena inferior de tal forma que el condenado debe pagar la pena alternativa, no la pena ordinaria inicialmente impuesta.*

*(iv) Es condicionada: su imposición está condicionada a que concurren los presupuestos específicos previstos en la presente Ley. Verificado su cumplimiento, el Tribunal impondrá lo que la Ley denomina pena alternativa.*

*(v) Constituye pena privativa de la libertad de 5 a 8 años, que deberá cumplirse efectivamente sin que pueda ser afectada por otros subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias, adicionales a la pena alternativa misma. (Par. Art. 29).*

*(Vi) Su mantenimiento depende de la libertad a prueba: una vez cumplida efectivamente la pena alternativa, así como las condiciones impuestas en la sentencia según la Ley (artículo 24), se concederá la libertad a prueba por un término igual a la mitad de la pena alternativa impuesta, período en el cual el sentenciado debe cumplir determinados compromisos: no reincidir en ciertas actividades delictivas, presentaciones periódicas e información de cambio de residencia (artículo 29).*

*(vii) Extinción de la pena ordinaria inicialmente determinada: Cumplidas las obligaciones impuestas en la sentencia o establecidas en la Ley, y transcurrido el período de prueba, se declarará extinguida la pena ordinaria inicialmente determinada.*

*(viii) Revocatoria de la pena alternativa y ejecución de la pena inicialmente determinada: si durante la ejecución de la pena alternativa o del período de libertad a prueba, se establece que el beneficiario ha incumplido alguna de las obligaciones impuestas en la sentencia o previstas en la*

*Ley, para el goce del beneficio, se revocará la pena alternativa y se harán efectivas las penas principales y accesorias inicialmente impuestas en la sentencia” (párr. 6.2.1.4.7.).*

La aparente dicotomía existente entre el quantum punitivo frente a los crímenes de mayor gravedad que se juzgan en la LJP, frente a la imposición de una pena privativa de la libertad máxima de ocho años, ha imposibilitado aplicar la pena alternativa por parte de los funcionarios judiciales, ya que si bien es cierto que en los diferentes fallos que se han proferido en la LJP se ha impuesto a todos la pena alternativa de ocho años, diez años después de expedida la ley y de que muchos desmovilizados se postularon desde el año 2005 a la LJP, hasta el día de hoy no se ha concedido ninguna libertad por pena cumplida.

Son muchas las razones: a nivel jurídico, si bien es cierto la ley determinó la pena alternativa, no dijo desde qué momento se empiezan a contar los cinco u ocho años de prisión. Y de ahí nacen las interpretaciones restrictivas y unánimes contenidas en las decisiones de los Tribunales de Justicia y Paz en primera instancia, y de la Corte Suprema de Justicia en segunda instancia.

En relación con las diferentes posturas sobre la libertad desde las teorías clásicas hasta las teorías modernas que sustentan los DH, considero que el problema de la pena alternativa que ha suscitado tantas dificultades en la aplicación práctica, obedece al impacto en la interiorización de los conceptos tradicionales de castigo como la forma de compensación o merecimiento por las infracciones penales.

El cambio de paradigma en el cual no es la pena ejemplarizante o el merecimiento del castigo el determinante para construir una sociedad mejor, en el sentido de buscar la paz y la reconciliación, es muy difícil de aceptar, pues los criterios tales como *hay que hacer justicia* o *es una ley de impunidad*, hacen que las víctimas y la sociedad en general consideren el fracaso de la ley.

No obstante, considero que las teorías garantistas, el concepto de Derecho penal de *ultima ratio* y el *Derecho penal mínimo*, constituyen una base teórica suficientemente fuerte para pregonar una disminución punitiva, aún en crímenes de mucha gravedad, y construir un criterio epistemológico que pueda legitimar una pena menor en relación con la mayor optimización de los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

Mi postura, partiendo de la experiencia vivida en los Tribunales de JyP en los últimos diez años, me lleva a afirmar que antes de la expedición de la ley, realmente sí se podía hablar de impunidad, a pesar de las penas tan altas que consagra la Justicia ordinaria, pues gran parte de

los hechos confesados por los postulados no se conocían a nivel judicial y un gran número de ellos habían sido legalizados con autos inhibitorios o resoluciones de preclusión o incluso sentencias absolutorias.

A continuación veremos cómo, no solamente existe incertidumbre jurídica sobre el inicio del cumplimiento de la pena alternativa, sino de la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva, que ha sido denegada en forma unánime, tanto por la Corte Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia.

#### **1.5.4. La detención preventiva como única medida de aseguramiento.**

Afirma CARRARA que muchos han tratado de establecer los orígenes de la prisión preventiva. Se ha averiguado si la acostumbraron los griegos, y parece que hay que creer que no, por el ejemplo de SÓCRATES, que aunque condenado a muerte tuvo completa libertad hasta la última hora. Se sostiene que en la Antigua Roma, en tiempo de la República, no hubo encarcelamiento preventivo. Sin embargo, se advirtió el uso amplísimo de las cauciones y la distinción entre custodia no libre, *custodia non libera* –en el calabozo más tétrico–, y la llamada custodia libre, *custodia libera*, que se efectuaba poniendo al acusado bajo guardia en una casa particular, o en una ciudad o castillo. De ahí que en Roma los acusados fueran entregados alternativamente a la custodia de los carceleros o de los soldados, o de sus fiadores, o de sí mismos<sup>200</sup>.

Igualmente, que la *custodia preventiva*, considerada únicamente respecto a las necesidades del procedimiento, tiene que ser brevísima, esto es, lo que sea indispensable para interrogar al reo y obtener de él, oralmente todas las aclaraciones que la instrucción requiera, después de lo cual ya no hay, por esta parte, motivo para detenerlo. Sin embargo, dicha prolongación se admite como una necesidad política ya reconocida, por las siguientes necesidades: 1ª, de *justicia*, para impedir la fuga del reo; 2ª, de *verdad*, para impedirle que estorbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos; 3ª, de *defensa pública*, para impedirles a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen en sus ataques al derecho ajeno.<sup>201</sup>

Para HOBBS, la prisión cautelar no es una pena, sino un *acto hostil*. El mal infligido por la autoridad pública, sin pública condena precedente, no puede señalarse con el nombre de pena,

---

<sup>200</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte general*, Vol. I. Ed. Temis, Bogotá, 1996, pp. 372, 373 y 374.

<sup>201</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte general*, Vol. I. Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 375

sino con el de ‘acto hostil’, puesto que el hecho en virtud del cual un hombre es castigado, debe ser primeramente juzgado por la autoridad pública para ser una transgresión a la ley. La prisión como custodia y vigilancia supone que la persona ha de ser castigada antes de ser judicialmente oída y declarada culpable. Por consiguiente, cualquier daño que cauce a un hombre antes de que su causa sea oída en el sentido de sufrir encadenamiento o privación, más allá de lo que resulta necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza<sup>202</sup>.

BECCARÍA dijo que,

*siendo una especie de pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad obliga. La cárcel es sólo la simple custodia de un ciudadano hasta tanto que sea declarado reo; y esta custodia, siendo por su naturaleza penosa, debe durar el menos tiempo posible y debe ser la menos dura que se pueda. La estrechez de la cárcel no puede ser más que la necesaria, o para impedir la fuga, o para que no se oculten las pruebas de los delitos*<sup>203</sup>.

FERRAJOLI<sup>204</sup> considera que los tratadistas clásicos no llegan en ningún momento a pedir la supresión de este instituto, sobre la base de que es una injusticia necesaria ya que sin la misma, no se podría defender el derecho y la sociedad. En general, la prisión preventiva terminó siendo justificada por el pensamiento liberal clásico y fue incorporada a los ordenamientos jurídicos modernos convirtiéndose así en un instrumento coercitivo que permite la privación anticipada de la libertad, con fines preventivos como una necesidad para impedir la fuga del procesado, el ocultamiento o alteración de las pruebas, pero especialmente por el peligro del procesado para la comunidad y la garantía de la ejecución de la condena.

Afirma que según la Escuela Clásica del Derecho penal, la privación anticipada de la libertad es necesaria porque garantiza no solo la comparecencia del sindicado al proceso, sino que a la vez le impide encubrir las pruebas en su contra, lo que garantiza la defensa de la sociedad. El fin primario de la prisión preventiva, como ya se ha visto, es garantizar a la sociedad que en el momento de la condena, el procesado se encuentre presente, para pagar la pena correspondiente y en consecuencia restablecer el orden externo a la sociedad.

El fin de la privación anticipada de la pena no consiste en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que sea resarcido el daño padecido por él. El fin primario de la prisión preventiva se fundamenta en impedir que el presunto culpable evada la pena; en que se

---

<sup>202</sup> HOBBS, T. *Leviatán*. Cap. XXVIII, Ed. Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2005, pp. 312 y 316.

<sup>203</sup> BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 139.

<sup>204</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 549-553

atemoricen los ciudadanos como medida de prevención general, en que el presunto delincuente purgue su pena; en que se obtenga su enmienda y, en consecuencia, en que se logre el restablecimiento del orden externo en la sociedad mediante la ejecución de la pena.

La Escuela Positivista Italiana, representada por Raffaele GARÓFALO y Enrico FERRI, consideró absurda la presunción de inocencia, exigió la prisión provisional obligatoria y generalizada, formulando modelos de justicia reservada y sumarial más allá de las pruebas de culpabilidad. Igualmente se planteó una equiparación entre los indicios y las pruebas que determinan la culpabilidad, con el fin de mantener la figura de la privación de la libertad como medida preventiva; concepción esta, acogida por el ordenamiento colombiano mediante la reforma penal de 1936 cuyos principios rectores se sustentaron en la concepción peligrosista del derecho.

GAROFALO<sup>205</sup> representante de la escuela positivista<sup>206</sup> del Derecho penal, se opuso por ejemplo, a la libertad provisional planteando que *El pernicioso efecto que la libertad provisional produce sobre la criminalidad endémica e imitativa es inmensurable*. Considera que *la teoría penal dominante y la jurisprudencia, parecen hechas ex profeso para proteger la criminal* en contra de la sociedad.

FERRI<sup>207</sup>, por su parte considera que la presunción de inocencia es ilógica cuando es absoluta, es un aforismo jurídico que está bastante lejos de la realidad primitiva. Por lo tanto considera que al eliminarla en todos los casos y en todas las etapas del juicio se deberá suprimir. Igualmente, considera que deben suprimirse todas aquellas disposiciones que se inspiran en ella. Al igual que Garofalo, plantea que la libertad provisional no constituye en manera alguna una garantía para el interés social *porque son reguadas por el criterio superficial de la especie del hecho punible y no por el criterio esencial de la categoría de delincuente*.

El contenido de esta escuela positiva ha prevalecido hasta el punto que los ordenamientos penales que se dicen ‘modernos’, como el colombiano, mantengan esta institución a partir de criterios de sospecha y peligrosistas, eso sí, con la ‘plena garantía de la presunción de inocencia’.

---

<sup>205</sup>GAROFALO, R. *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*. IBdeF, Montevideo-Buenos Aires. 2005, p. 299.

<sup>206</sup>GAROFALO, R. *La criminología*..., op. cit., 302

<sup>207</sup>FERRI, E. *Sociología criminal*, Ed. Centro Editorial Góngora, Tomo II, Madrid, 1907, pp. 195, 196

La inspiración del Código Penal Colombiano de 1936 fue positivista. La negación de la voluntad humana, la imputabilidad fundada en la peligrosidad, la clasificación de los criminales, admitiendo ciegamente entre ellos a los ‘natos’ e ‘incorregibles’, constituyen el legado de la escuela positiva italiana al Derecho penal colombiano

Con este cumplimiento de la amenaza se ‘logra’ el efecto socio-político de restablecer la confianza de los asociados en la vigencia del orden legal y en el pacífico funcionamiento de las instituciones, pues ello tranquiliza a los miembros de la comunidad, estabiliza el sistema socio-jurídico, y de paso reafirma la autoridad política del Estado.

Sobre estas teorías en las cuales el principio de culpabilidad es la máxima procesal, se mantiene la medida de aseguramiento de detención preventiva; medida pre-delictual, medida pre-cautelativa, medida de prevención, encarcelación prejudicial, custodia preventiva,<sup>208</sup> custodia cautelar<sup>209</sup>, etc., son las diferentes denominaciones que se ha dado a la prisión preventiva como imposición de una pena privativa de la libertad anticipada sin que sea necesaria la comprobación de la comisión de un delito.

Esta afirmación emerge de los fines de esta medida que son eminentemente peligrositas y, no solamente parten del prejuzgamiento sobre la fuga de persona y de que ésta va a alterar las pruebas, sino que mantienen incólume la presunción de culpabilidad.

La custodia o detención preventiva es, entonces, el estado de privación de libertad personal de un individuo que se presume inocente y que en virtud de los fines del proceso penal encuentra el imputado como consecuencia de una orden de arresto, de captura o de la convalidación de la detención para ser recluido en un centro carcelario.

La prisión o detención preventiva es la medida de aseguramiento o cautelar por excelencia que pretende el encarcelamiento de un ciudadano, por la sola sospecha de su culpabilidad, antes de ser convicto y condenado. Debido a su aplicación como regla general y los fundamentos que la sustentan, ha adquirido una dimensión tal que se ha convertido en una de las herramientas más utilizadas dentro del proceso penal que afectan el sistema jurisdiccional dentro del ámbito del Estado Social, recayendo necesariamente en el sistema punitivo como mecanismo de imposición de una pena anticipada, paradójicamente, contra aquel sujeto a quien

---

<sup>208</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal. parte general*, Vol. II., Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 372.

<sup>209</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 770.

se le presume su inocencia. La prisión preventiva, adquiere la connotación de una verdadera sanción penal frente a los sospechosos.

ROXIN considera que *durante siglos la represión del socialmente peligroso* ha ocupado un primer plano en el proceso penal. La prisión preventiva en el proceso penal –dice ROXIN<sup>210</sup>– es la privación de la libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena.

La prisión preventiva sirve a tres objetivos: pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, garantizar una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de la persecución penal y asegurar la ejecución penal. Entre las medidas que aseguran el procedimiento, la prisión preventiva es la injerencia más grave en la libertad individual; por otra parte, ella es indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente<sup>211</sup>.

Según HASSEMER<sup>212</sup>, desde la perspectiva del ordenamiento en materia criminal, la prisión preventiva es la privación de la libertad respecto de un inocente. La detención preventiva como tal, debe erradicarse de cualquier ordenamiento jurídico que se precie de ser garantista, por cuanto no hacerlo, implica que en forma expresa o tácita, desconoce el principio de la presunción de inocencia; accede a la Escuela Positivista del Derecho penal y en consecuencia a las concepciones peligrosistas<sup>213</sup>.

No obstante, por haber sido legitimada como un mal necesario, incluso por los mismos BECCARÍA y CARRARA, ha tenido connotaciones tan trascendentes que, en la actualidad, todavía se mantiene incólume.

---

<sup>210</sup>FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 257 y ss.

<sup>211</sup>ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 11.

<sup>212</sup>HASSEMER, W. *Crítica al Derecho penal de Hoy*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998 p. 109.

<sup>213</sup>PEREZ, L. *Derecho penal*. Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2ª ed. 1987, p. 137. “Oponiéndose al postulado fundamental de la escuela clásica, los positivistas sostienen que el delito no es un ente jurídico abstracto, sino un hecho natural y social determinado por causas antropológicas, físicas y sociales”. “Los factores antropológicos atañen al psiquismo del agente y son entre otros: la herencia, el sexo, la edad, el estado civil, la profesión y el grado de instrucción. Estos factores “inherentes a la persona del criminal, constituyen según FERRI, el primer coeficiente del delito”.



SANGUINÉ<sup>214</sup> sostiene igualmente que debe ser mantenida y su fundamento constitucional se apoya en el principio de necesidad de los poderes públicos de adoptar las medidas indispensables, adecuadas y suficientes en el caso concreto para asegurar la persecución penal eficaz en el ámbito del proceso penal, por supuesto, dentro de los rigurosos límites indicados por los derechos fundamentales; sin embargo, considera que debe modificarse el proceso penal y la organización judicial para lograr mayor celeridad de la justicia y además cambiar las estructuras penitenciarias, creando *centros de observación de la personalidad* y tratamiento de los preventivos.

Reconoce el uso abusivo de la prisión preventiva, pero, considera que las posibilidades de reducción son mínimas y que el fundamento jurídico de su legitimación, además su necesidad, se encuentra en la teoría de las instituciones<sup>215</sup> y la teoría antropológica<sup>216</sup>, y que en definitiva, la única solución es el modelo político criminal del *liberalismo institucional*, defendido por DAHRENDORF<sup>217</sup>.

La prisión preventiva y las demás medidas cuyo efecto es separar a un presunto delincuente del mundo exterior, son aflictivas por el hecho mismo que despojan a un individuo de su derecho a disponer de su persona al privarla de su libertad y como consecuencia de ello, conlleva en sí misma un castigo anticipado para el presunto inocente, con argumentos tales

---

<sup>214</sup> SANGUINE, O. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch monografías, Valencia, 2003, p. 54.

<sup>215</sup> SANGUINE, O. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch monografías, Valencia, 2003, p. 55. Como señalan Berguer-Luckmann “las instituciones tienen siempre una historia de la cual son productos. Es imposible comprender adecuadamente una institución sin entender el proceso histórico en que fue producida”.

<sup>216</sup> SANGUINE, O. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch monografías, Valencia, 2003, p. 55. Como señalan Berguer y Kellner, “si concebimos al hombre como intrínsecamente “excéntrico” (según término de Helmunt Plessner) que se encuentra al mismo tiempo dentro y fuera de la sociedad por este mismo motivo resulta impensable imponer controles racionales sobre el comportamiento humano por medio de la ciencia”.

<sup>217</sup> DAHRENDORF, R. *Ley y orden*. Ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 17. “para quien hay dos fuerzas, que empujan la sociedad, por el camino hacia la anomia o dos clases de vacío que la succionan por ese camino. Una es la impunidad, la declinante validez de las normas sociales. La otra es el progresivo debilitamiento de las ligaduras o vínculos de la cultura”.

“También la perspectiva antropológica y de la teoría del derecho señalan la necesidad institucional del derecho. A través de los factores institucionales, surgen formas específicas de actuación, nacen las obligaciones, las reivindicaciones y las expectativas entre los hombres”. pp. 77-85.

como ‘el incremento y desarrollo de la criminalidad’ y que ‘se debe convertir la prisión preventiva en un instrumento efectivo para la lucha contra el delito’.

En este orden de ideas, mi postura es que la institución material de la prisión preventiva no se ajusta a los postulados de un Estado Social de Derecho que garantiza la presunción de inocencia, siendo necesario sustituirse como institución de carácter procesal penal, por otro tipo de medidas diferentes a la privación de la libertad que pueden cumplir fines de prevención o precautelativos dentro del marco de un Derecho penal con carácter fragmentario, esto es, recurrirse a mecanismos distintos a la privación de la libertad para que el Estado cumpla con su función punitiva sobre los presupuestos de un Derecho penal fundado en la *última ratio* y en consecuencia esta institución debe desaparecer como figura jurídica de aplicación dentro de un ordenamiento penal que se sustente en la garantía de los derechos fundamentales.

La *ultima ratio*, no se puede concebir sobre el presupuesto de la prisión preventiva. Ni siquiera lo puede considerar, ya que la restricción de la libertad está, en principio, legitimada como tal, para la imposición de la pena, esto es, cuando efectivamente se ha condenado a una persona por infringir la ley penal, por haberse probado su responsabilidad penal. Solo en este evento aplica la imposición de la pena, como *ultima ratio* en un Estado Social.

Pretender considerar siquiera que la prisión preventiva debe entenderse como última alternativa de la privación de la libertad es aceptar que por la mera sospecha de la realización de una conducta es legítima y es legítimo aceptar la presunción de culpabilidad que, *per se*, excluye el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal.

Como lo afirma Luigi FERRAJOLI, “la cárcel es, por tanto, una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal, y extra-judicial, al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva”<sup>218</sup>.

La institución de la prisión preventiva se le ha relegado a un segundo plano con el argumento de que es *necesaria* para prevenir situaciones como el entorpecimiento de las pruebas, la no comparecencia del procesado al juicio, la peligrosidad del presunto autor y la defensa de la sociedad; pero en el fondo es la privación y restricción de un derecho fundamental que no es otro que el derecho a la libertad. Se ha minimizado, por considerársele de carácter procesal<sup>219</sup>.

---

<sup>218</sup>FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 413.

<sup>219</sup>SANGUINE, O. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch monografías, Valencia, 2003, p. 54

Los ordenamientos jurídicos modernos que se fundamentan en un Estado Social y Democrático de Derecho, admiten la pena en sus diferentes manifestaciones –muerte, prisión, restricción de otros derechos–, también contemplan otra forma de la privación de la libertad: la detención o *“La cárcel es, por tanto, una institución al mismo tiempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal, y extra-judicial, al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva”*<sup>220</sup>, prisión preventiva, que se aplica por la presunción de que un individuo vulneró la ley penal, esto es, por la sospecha de la posible realización de un hecho punible.

Nótese cómo se admite esta privación de la libertad sin que el principio de culpabilidad tenga ninguna incidencia, es decir, que no se tiene certeza sobre el posible autor; no se sabe si realizó o no la conducta, o si lo hizo a título de dolo o culpa; no se tiene certeza si se produjo un resultado lesivo o la realización objetiva de la conducta nociva; no se tiene conocimiento de las condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición, esto es, no se sabe ni se tiene la certeza acerca de la realización del comportamiento<sup>221</sup>, ni de la responsabilidad de la conducta y aun así, a pesar de que constitucionalmente se consagra el principio de la buena fe<sup>222</sup>, se acepta la sospecha como forma de privación de la libertad, con base en la

---

<sup>220</sup>FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías*”. Iusconstifil: Blog de teoría jurídica y derecho constitucional. Disability, Capabilities and Justice, viernes 15 de julio de 2011. Disponible en: [http://iusconstifil.blogspot.com.co/2011/07/la-democracia-constitucional-luigi\\_15.html](http://iusconstifil.blogspot.com.co/2011/07/la-democracia-constitucional-luigi_15.html).

<sup>221</sup>MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*, Ed. IBdeF, Buenos aires, 1984, 7ª ed. 2004, p. 189. “El examen de la función de las normas penales en un Estado Social y democrático de Derecho pone de manifiesto que solo tiene sentido en él prohibir a alguien aquellos comportamientos del hombre que sean externos y finales: solo ellos permiten la presencia del desvalor intersubjetivo de la conducta necesario para la antijuridicidad penal y base de la prohibición personal del hecho. Al hablar de comportamiento mejor que de “acción” quiero expresar que la conducta humana no importa al Derecho penal como movimiento físico, sino como dotada de significado social. Al utilizar el adjetivo “final” acojo la terminología propuesta por el finalismo”.

<sup>222</sup> Constitución Política de Colombia, art. 83. “Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

“En relación con Doctrina extranjera, y frente al concepto de Buena Fe, se pueden citar definiciones clásicas: BONFANTE, “es la ausencia de dolo o mala fe”; WINDSCHEID, “honesta convicción”; VON TUHR, “Honradez”; GORPHE, “voluntad sincera, leal y fiel”; CORNU, “deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y de fraternidad”; DIEZ-PICAZO “un standard jurídico, es decir, un modelo de conducta social, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado”. Gil, W. “Línea Jurisprudencial respecto al Principio de la Buena fe (Art. 83 de la C. P.)” 2015, México.

CORTE CONSTITUCIONAL COLMBIANA. Sentencia T-469 de 1992. M.P Alejandro Martínez Caballero. “El ejercicio de este derecho como el de todos 16 los derechos del ciudadano, esta sometido al respeto al principio de la Buena Fe, que la Corte entiende como “(...) una causa o creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella (...) La buena fe es una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder

*presunción* de mala fe, bajo la premisa de que el imputado no va a comparecer al proceso; y por esto mismo, de que va a alterar las pruebas.

La *presunción* en virtud de la cual una persona representa un peligro para la comunidad y la certeza de que su detención es necesaria para el cumplimiento de la pena, se presenta porque la privación de la libertad emanada de un fallo condenatorio exige el cumplimiento formal de este principio, entre muchos otros; mientras que la privación de la libertad decretada antes del fallo condenatorio, no.

El fundamento de esta diferencia, y en esto existe consenso, en todos los ordenamientos jurídicos fundados en el Estado Social y Democrático, convergen básicamente en que la prisión o detención preventiva que permite la privación de la libertad antes de proferirse el fallo condenatorio es una *necesidad*.

El Código Penal y el Código de Procedimiento Penal Colombiano le han rendido tributo y plasman dentro de su normatividad el Derecho penal máximo en materia de medida de detención preventiva. La Ley 906 de 2004<sup>223</sup> permite también la imposición de esta medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos se pueda inferir que el imputado puede ser autor o responsable de la conducta, siempre que la medida sea necesaria para evitar que el imputado obstruya la justicia, constituya un peligro

---

jurídico. La buena fe se considera como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma (...) Con la constitucionalización del principio de la buena fe, se logra que éste se convierta en eficaz instrumento para lograr que la administración obre con el criterio rector de la efectividad del servicio público por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia". De acuerdo con el planteamiento de la Corte luego de citar a Wieacker, Larenz y González Pérez, reconoce que la Buena Fe es en últimas el principio que protege el valor ético de la confianza. Sobre esta base la Corte concluye que estando consagrado el Derecho Político como base de la democracia participativa, y el derecho al voto como el mecanismo idóneo de participación, su ejercicio se sustenta en la confianza que la administración tiene en sus administrados, de que estos obran con lealtad y sinceridad en su ejercicio y que por ende la buena fe se presume".

<sup>223</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal vigente, art. 308 "Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

para la comunidad o la víctima o que no comparecerá al proceso, aunque, de cualquier modo, procederá cuando la pena señalada en la ley sea igual o superior a cuatro años<sup>224</sup>.

Dentro de los principios que se estipulan en la Ley 65 se encuentran, entre otros, el principio de legalidad<sup>225</sup>, el principio de igualdad<sup>226</sup>, el respeto de la dignidad humana,<sup>227</sup> etc., se encuentran las funciones y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad<sup>228</sup>, la finalidad

---

<sup>224</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004 (C. P. P.), art. 313. procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la Ley sea o exceda de cuatro (4) años.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
4. Adicionado por el art. 26, Ley 1142 de 2007, así:
  4. Cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso del año anterior, contado a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o absolución en el caso precedente”.

<sup>225</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 63 de 1993, art. 2. “Toda persona es libre. Nadie puede ser sometido a prisión, o arresto, ni detenido sino en virtud de mandamiento escrito proferido por autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley”.

<sup>226</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 63 de 1993, art. 3. “Se prohíbe toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión opinión política o filosófica.

Lo anterior no obsta para que se puedan establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, de resocialización y para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria”

<sup>227</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 63 de 1993, art. 5. “En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los DH universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia psíquica, física o moral”.

<sup>228</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 63 de 1993, art. 9. “La pena tiene función protectora, y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.

del tratamiento penitenciario<sup>229</sup>, el objeto de la detención preventiva<sup>230</sup> y la forma como debe interpretarse esta ley<sup>231</sup>.

A la luz del artículo 29 de la Carta Política, “*toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable*”. Este principio del Derecho penal se encuentra en contradicción con el artículo 11 de la Ley 65 de 1993, cuando establece que “*la detención preventiva busca garantizar la comparecencia del sindicado al proceso y la posterior efectividad de la sanción penal*”. La contradicción se presenta concretamente, cuando se establece que una de las razones que justifican la prisión preventiva es la efectividad de la sanción penal. Es decir, que se parte del presupuesto de que la persona va a ser condenada y con la detención se busca el cumplimiento efectivo y anticipado de la pena.

#### La detención preventiva en la LJP.

A diferencia del Derecho penal del ciudadano, que se refiere al procesamiento y enjuiciamiento de un hecho delictivo, Gunther JAKOBS<sup>232</sup> plantea el *Derecho penal del enemigo* como la defensa frente a riesgos futuros, y por ello, la pena es entendida como prevención especial segura que, mediante la coacción, busca ser efectiva contra el individuo peligroso y no contra la persona en derecho.

JAKOBS también compara la privación de la libertad como pena con la medida de seguridad, porque la medida contempla el hecho pasado y se dirige hacia el futuro en el que una tendencia a cometer hechos delictivos tendrá efectos peligrosos para la generalidad; entonces, en lugar de *una persona a la que se contradice a través de la pena*, aparece un individuo peligroso contra el cual se procede de modo físicamente efectivo; no mediante una pena, sino mediante una medida de seguridad. Es decir, que la pena termina teniendo los mismos presupuestos de la medida de seguridad, en cuanto que se considera la peligrosidad del individuo como el

---

<sup>229</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 63 de 1993, art. 10. "El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la Ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario".

<sup>230</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 63 de 1993, art. 11. "La presunción de inocencia presidirá el régimen de detención preventiva. La detención preventiva busca garantizar la comparecencia del sindicado en el proceso y la posterior efectividad de la sanción penal".

<sup>231</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 63 de 1993, art. 13. "Los principios consagrados en este título, constituyen el marco hermenéutico para la interpretación y aplicación del Código".

<sup>232</sup> JAKOBS, G. / CANCIO, M. *Derecho penal del Enemigo*. Ed. Civitas, Buenos aires, 2006, 2ª ed., p. 23 y ss.

fundamento para la sanción, esto es, el juzgamiento y el castigo previos a la comisión de hechos futuros.

En ámbito de la LJP, ni siquiera es necesario entrar a analizar la postura del Derecho penal del enemigo presentada por JAKOBS, porque esta ley parte del peligro pasado, presente y futuro de los postulados, lo cual es legal dentro del procedimiento, pero inconstitucional y violatorio de los tratados internacionales, por la misma razón que he expuesto de manera reiterada: por virtud de la pena alternativa; con el argumento de que como la pena alternativa oscila entre cinco y ocho años de prisión, la detención preventiva *debe* suplir esa falta de pena retributiva.

Si quienes crearon la LJP, amparados en el concepto de JTr a partir de una pena alternativa, no estaban preparados ni jurídica, ni política, ni académicamente, no se debió expedir esta ley, porque el coste que ha representado la disminución de la pena frente a crímenes de lesa humanidad, para el resto de los derechos sustanciales y procesales, ha sido enorme.

La excepcionalidad de la detención preventiva no ha sido la excepción: si la legislación penal ordinaria presenta una constelación de normas de carácter peligrosista y restrictivo del derecho a la libertad en la figura de la detención preventiva con carácter general, las normas consagradas en LJP, rompen con todos los pronósticos, al consagrar la detención preventiva como la única medida de aseguramiento.

El inciso 2 del artículo 18 de la Ley 975 de 2005, refiriéndose a la audiencia de formulación de imputación, estableció que “En esta audiencia, el fiscal hará la imputación fáctica de los cargos investigados y solicitará al magistrado disponer la detención preventiva del imputado en el centro de reclusión que corresponda, según lo dispuesto en la presente ley”.

En el párrafo del artículo 29 se dispuso que “En ningún caso se aplicarán subrogados penales, beneficios adicionales o rebajas complementarias a la pena alternativa.” Al respecto, afirma la Corte Suprema de Justicia que “esta restricción que se explica cuando se constata que la pena alternativa presupone una significativa reducción de la sanción privativa de la libertad que ordinariamente ameritarían los punibles confesados por los postulados”<sup>233</sup>. Se constata una vez más que por virtud de la pena alternativa, es viable la negación de los derechos, pues la pena alternativa es el presupuesto para su desconocimiento.

---

<sup>233</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 34170 del 24 de junio de 2010. Disponible en: [http://www.fiscalia.gov.co:8080/Documentos/34170%20\\_24-06-10\\_%20No%20procede%20libertad%20del%20Postulado.pdf](http://www.fiscalia.gov.co:8080/Documentos/34170%20_24-06-10_%20No%20procede%20libertad%20del%20Postulado.pdf).

Manifiesta la Corte que la omisión por parte del legislador en relación con la libertad provisional no fue intencional, sino que “surgió de la especialidad y singularidad del proceso transicional, que entre otras cosas se caracteriza por la renuncia mutua de intereses y derechos por parte del Estado y los postulados”. Vale la pena aclarar que una cosa es la renuncia y otra cosa es la negación de los derechos.

Considero que a lo largo de estos años en que se ha desarrollado la JTr, que precisamente, por esta renuncia obligatoria a los derechos, esta ley se ha convertido en un permanente *chantaje* para los postulados a ella, afectando gravemente el principio de verdad de las víctimas.

Esto, debido al carácter de las acusaciones que se hacen: por ejemplo, cuando se realizan imputaciones a los postulados que fueron comandantes y, si bien es cierto, se cometieron delitos en la zona donde operaban, ellos aceptan la responsabilidad de todos ellos, a pesar de no conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometieron dichas conductas, y cuando se les pregunta sobre el conocimiento que tienen del hecho delictivo, no tienen la menor idea y simplemente los aceptan por virtud de la figura llamada *línea de mando*, que tampoco hace parte de la normativa del Derecho penal, pero que se está aceptando responsabilidad por virtud de esta figura jurídicamente inexistente.

En caso de no aceptarse, se invoca la ruptura de la unidad procesal<sup>234</sup>, que contempla la LJP, evento en el cual el proceso por ese hecho se envía a la Justicia ordinaria y allí es objeto de juzgamiento, donde la mayor probabilidad es que se imponga la pena máxima, en razón de la calidad del autor de los hechos. Esto implica que todos los hechos cometidos o no por los miembros de estos grupos, son aceptados para no perder la pena alternativa.

El artículo 18 entonces, es la única norma que hace relación a la detención preventiva en la LJP. Sin embargo, la ley también establece que, en caso de duda, y por principio de complementariedad, se acudirá a las normas del procedimiento penal en las que, si bien es cierto, existe en materia de libertad un Derecho penal máximo<sup>235</sup>, que consagra la sustitución

---

<sup>234</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, art. 21. “Ruptura de la unidad procesal. Si el imputado o acusado acepta parcialmente los cargos se romperá la unidad procesal respecto de los no admitidos. En este caso la investigación y el juzgamiento de los cargos no aceptados se tramitarán por las autoridades competentes y las Leyes procedimentales vigentes al momento de su comisión. Respecto de los cargos aceptados se otorgarán los beneficios de que trata la presente ley”.

<sup>235</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004, art. 315. “Artículo 315. Medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. Cuando se proceda por delitos cuya pena principal no sea privativa de la libertad, o por delitos querellables, o cuando el mínimo de la pena señalada en la Ley sea inferior a cuatro (4) años, satisfechos



de la medida de aseguramiento por detención domiciliaria o por otras no privativas de la libertad, que son la excepción<sup>236</sup>.

Son muchos los argumentos restrictivos de la Corte para conceder cualquier tipo de libertad. Ha dicho que, aunque un postulado haya versionado en Justicia y Paz y se le haya realizado imputación, pero no cuente con la medida de aseguramiento de detención por parte de la Jurisdicción de justicia y paz, sino por virtud de la Justicia ordinaria, continuará bajo la autoridad que ha proferido la medida, pero no se impone la medida en la Jurisdicción de JyP.

Afirmó en ese fallo que es a partir de la audiencia de formulación de cargos -siempre y cuando en ella (i) se incluyan los hechos materia del otro proceso, (ii) estos se relacionen con conductas punibles cometidas durante y con ocasión de la pertenencia del desmovilizado al grupo armado organizado al margen de la ley, y (iii) se profiera en contra del postulado medida

---

los requisitos del artículo 308, se podrá imponer una o varias de las medidas señaladas en el artículo 307 literal b), siempre que sean razonables y proporcionadas para el cumplimiento de las finalidades previstas”.

<sup>236</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004, art 307. “Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.
9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria”.

de aseguramiento por parte del Magistrado de garantías-, que la privación de libertad del postulado corre por cuenta de la Jurisdicción transicional<sup>237</sup>.

Con base en estas consideraciones se decidió, en el caso del postulado Alonso de Jesús Monsalve Vanegas, que por no estar privado de la libertad por cuenta de la LJP, no puede esta Jurisdicción concederle la libertad. El problema que se suscita es que si no está privado de libertad por cuenta de JyP, queda en la incertidumbre una vez más el periodo de tiempo desde el cual se empieza a contar la pena alternativa.

Concluye la Corte diciendo que “por las especialísimas características del proceso de justicia alternativa no están previstas causales de libertad provisional a favor de los postulados”.

Reiteró la Corte en otra decisión que

*“Es así que, en los casos que se regulan por la Ley 975 de 2005, el margen para discutir la necesidad y suficiencia de la medida de aseguramiento intramural es bien escaso, precisamente porque el fundamento de este trámite procesal es que se trata de conductas de la más extrema gravedad, de procesados que han dedicado largos años de su vida al ejercicio sistemático y reiterado de actos de violencia contra la población civil, y porque como se trata de un proceso diseñado ‘a la medida de las víctimas’, se impone atender a su percepción de justicia, la cual naturalmente se vería burlada si se llegare a considerar que uno de los dirigentes más antiguos de las Autodefensas Campesinas del Magdalena Medio viva aún en el municipio de Puerto Triunfo o en una residencia particular en Bogotá”<sup>238</sup>.*

Avizorando que la LJP había cumplido siete años y eran muy pocas las sentencias condenatorias proferidas, no más de doce para esta fecha; y con la expectativa que los postulados empezaran a pedir la libertad, se reformó la Ley 975 de 2005 y para tal fin, se expidió la Ley 1592 del 4 de diciembre de 2012.

Por primera vez se dispuso de manera expresa la posibilidad de sustitución de la medida de aseguramiento por una no privativa de la libertad<sup>239</sup>, partiendo del presupuesto de privación de la libertad de un mínimo de ocho años de prisión, es decir, el periodo máximo de la pena alternativa, sin que esto signifique que este es el factor objetivo para contabilizarla.

---

<sup>237</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. 34170 del 10 de junio de 2010. Consideraciones de la Sala, núm. 11.

<sup>238</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. 38857 del 22 de septiembre de 2010. Disponible en [http://www.fiscalia.gov.co:8080/Documentos/33857%2022-09-10\\_%20Sustitucion%20Medida%20Ramon%20Izasa.pdf](http://www.fiscalia.gov.co:8080/Documentos/33857%2022-09-10_%20Sustitucion%20Medida%20Ramon%20Izasa.pdf).

<sup>239</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1592 de 2012, art. 18 A.

Para lograr la sustitución de la medida los ocho años de prisión se empiezan a contabilizar con posterioridad a la desmovilización<sup>240</sup> y a partir de la reclusión en un establecimiento sujeto a las normas jurídicas sobre control penitenciarias. La razón de esto es que muchos desmovilizados no fueron privados de la libertad de manera inmediata, sino con posterioridad.

El Decreto 3011 <sup>241</sup>que reglamentó la ley, determinó cinco escenarios distintos para que se determinara este lapso:

1. Para quienes se desmovilizaron después del 25 de julio de 2005<sup>242</sup>, e ingresaron con posterioridad a un establecimiento penitenciario, el término de ocho (8) años se contaría a partir de su ingreso a dicho establecimiento. En este caso se exigen dos requisitos: que la desmovilización haya sido con posterioridad a la expedición de la ley y que haya ingresado a un establecimiento penitenciario con posterioridad, caso en el cual el término se cuenta desde el ingreso al establecimiento penitenciario.

2. Para quienes se desmovilizaron antes del 25 de julio de 2005, y hayan ingresado con posterioridad a su desmovilización pero con anterioridad a esta fecha a un establecimiento penitenciario, el término de ocho (8) años sería contado a partir del 25 de julio de 2005. En este caso, por el contrario, tanto la desmovilización como el ingreso al establecimiento penitenciario ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la ley, por lo que el término se cuenta a partir del 25 de julio de 2005.

3. Para quienes se desmovilizaron antes del 25 de julio de 2005 y hubieran ingresado con posterioridad a esta fecha a un establecimiento penitenciario, el término de ocho (8) años sería contado a partir de su ingreso a dicho establecimiento. Esto significa que la desmovilización es anterior a la ley y el ingreso al establecimiento penitenciario es posterior, caso en el cual el término se cuenta desde este ingreso.

4. Para los postulados que al momento de la desmovilización colectiva del grupo armado se encontraban privados de la libertad en un establecimiento de reclusión penitenciario, tanto

---

<sup>240</sup>PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 128 de 2003. ¿quien es desmovilizado? “Aquel que por decisión individual abandone voluntariamente sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entregue a las autoridades de la República”

<sup>241</sup> PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 3011 de diciembre 26 de 2013, art. 38. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5621>.

<sup>242</sup> El 25 de julio de 2005 fue la fecha de expedición de la Ley 975, pero antes de su expedición ya se habían desmovilizado algunos miembros de los grupos armados organizados la margen de la ley.

aquellos que fueron incluidos en listas de desmovilizaciones colectivas como los que no, el término de ocho (8) años será contado a partir de su postulación. Recordemos que la desmovilización colectiva corresponde a las autodefensas o paramilitares que se desmovilizaron y postularon a la ley.

5. Para los postulados que se desmovilizaron individualmente estando privados de la libertad en un establecimiento penitenciario, el término de ocho (8) años de reclusión será contado a partir de su postulación. Las desmovilizaciones individuales, son las que ha realizado cada guerrillero de manera individual teniendo en cuenta que el grupo organizado no se ha desmovilizado colectivamente.

Adicionalmente, al cumplimiento de este requisito la Ley 1592 de 2013 y el Decreto 3011 de 2013, se exigen otros requisitos:

1. Haber participado en las actividades de resocialización y haber obtenido certificado de buena conducta;

2. Haber participado y contribuido al esclarecimiento de la verdad, lo cual deberá ser certificado por la Fiscalía o la Sala de Conocimiento según la etapa procesal. Se han presentado varios casos en los que la Fiscalía no certifica, a pesar de que el proceso ya va bastante avanzado y el postulado ha cumplido con el requisito, pues de no ser así, habría sido excluido de la ley.

3. Haber entregado los bienes para contribuir a la reparación integral de las víctimas, si a ello hubiere lugar. Del mismo modo que el anterior, requiere certificación de la fiscalía.

4. No haber cometido delitos dolosos con posterioridad a la desmovilización. Este requisito sobra, porque si esta situación se llega a presentar, el postulado no solo no puede pedir la sustitución de la medida sino que es expulsado de la LJP.

A pesar de que la ley y el decreto exigen requisitos muy estrictos para conceder la sustitución, y que de acuerdo con el parágrafo del art. 37 de este último, *“la sustitución de la medida de aseguramiento procederá con la sola verificación de los requisitos establecidos en el artículo 18A de la Ley 975 de 2005”*; la sustitución de la medida no se concede con frecuencia, entre otras cosas, porque la Corte Constitucional, si bien declara la exequibilidad de estas normas, establece que el término de ocho años se cuentan para todos los procesados a partir de la postulación y porque cada vez se exigen nuevos requisitos, como por ejemplo

adjuntar los procesos disciplinarios a nivel de la penitenciaría que son de carácter administrativo y que nada tienen que ver con el cumplimiento de los demás requisitos.

Es así como la Corte Suprema de Justicia, en diferentes autos<sup>243</sup>, ha negado la solicitud de sustitución de la medida de aseguramiento de varios postulados con base en la interpretación realizada por la Corte Constitucional<sup>244</sup>, por lo que es importante analizar los argumentos.

El demandante sostiene que se afecta el derecho a la igualdad de los procesados, en el entendido que los que se desmovilizaron estando privados de la cárcel, la fecha debe contarse desde la desmovilización y no de la postulación.

La Corte Constitucional realiza el *test de igualdad* en sentido negativo y no positivo, como corresponde al mandato de optimización, es decir, que el derecho de mayor relevancia debe prevalecer. Sin embargo, el test de igualdad que hace la Corte toma el presupuesto menor, esto es, que el tiempo se contabiliza desde la postulación y no desde la desmovilización, invirtiendo el test de igualdad y desconociendo el principio de favorabilidad y a nivel internacional el principio de mejor estándar.

La Corte incurre en una falacia cuando, en la misma sentencia, afirma que la norma precisa que para poder solicitar la sustitución de la aludida medida es menester que la persona además de haberse desmovilizado, haya sido postulada para acceder a los beneficios de la Ley de JyP y afirma que *“este es el sentido unívoco de la norma al decir: ‘el postulado que se haya desmovilizado estando en libertad’*” (párr. 4.5.8.).

Refiriéndose a la primera hipótesis, esto es, para quienes se desmovilizaron después del 25 de julio de 2005<sup>245</sup>, e ingresaron con posterioridad a un establecimiento penitenciario, el término de ocho (8) años será contado a partir de su ingreso a dicho establecimiento (C-015/14).

---

<sup>243</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. 43468 del 27 de marzo de 2014; MP Eugenio Fernandez. Radicado 43178 del 09 de abril de 2014; Leonidas Bustos. Radicados 43379 del 30 de abril de 2014; Maria del Rosario Gonzalez y Radicado 43563 30 de abril de 2014; MP Maria del Rosario Gonzalez. Radicado 44156 del 15 de octubre de 2014 MP Patricia Salazar Cuellar

<sup>244</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia. C-015 de 23 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-015-14.ht>.

<sup>245</sup> El 25 de julio de 2005 fue la fecha de expedición de la Ley 975, pero antes de su expedición ya se habían desmovilizado algunos miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Este tipo de falacias en la argumentación lógica es lo que ha generado gran confusión en una norma, que es lo suficientemente clara. Lo que dice la norma es que el actual postulado que se haya desmovilizado estando en libertad podrá solicitar la sustitución de la medida. Lo contrario, sería aceptar lo antinatural e ilógico, como se pregona en el fallo, cuando plantea se plantea que primero es la postulación, luego la desmovilización y por último la reclusión en establecimiento penitenciario.

Es imposible naturalísimamente hacer la secuencia de esta manera, porque lo primero que hizo el integrante del grupo armado fue desmovilizarse, luego fue recluido y por último se postuló a la ley. Si se interpreta como lo hizo la Corte, la LJP se cae por su propio peso, pues no existe un solo caso de postulación sin desmovilización previa.

En el segundo caso, es decir para quienes se desmovilizaron antes del 25 de julio de 2005, y hayan ingresado con posterioridad a su desmovilización pero con anterioridad a esta fecha a un establecimiento penitenciario, el término de ocho (8) años será contado a partir del 25 de julio de 2005 (C-015/14).

La Corte hace una secuencia de *reclusión previa*, *postulación* y *desmovilización posterior*, lo que también es incorrecto porque puede darse la *reclusión previa*, pero la *desmovilización* debe anteceder a la *postulación*.

Para corroborar lo dicho, el artículo 8 del Decreto preceptuó que el procedimiento especial de JyP se divide en una etapa administrativa y una etapa judicial, y que la etapa administrativa inicia con la solicitud de postulación por parte del desmovilizado y culmina con la presentación del Gobierno Nacional de las listas de postulados a la FGN.

Esto quiere decir que no hay desmovilización y postulación de manera simultánea. Para poder iniciar el trámite administrativo de postulación es necesario que la persona se haya desmovilizado, es decir, que puede incluso tardar años en que el desmovilizado sea postulado a la LJP, después de su desmovilización.

Es así como, por ejemplo, en el caso de un postulado<sup>246</sup>, si su desmovilización fue en enero de 2005 y su reclusión, que fue posterior a su desmovilización, se dio el 15 de febrero de 2006, a la luz del artículo 19 de la Ley 1592 el tiempo se contabiliza desde esta fecha, aunque su postulación se haya realizado solo hasta el mes de noviembre de 2008.

---

<sup>246</sup> Parmenio Martínez, desmovilizado de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC-EP.

En síntesis, la Corte Constitucional incurrió en falacias argumentativas para restringir el derecho a la libertad de los postulados, impidiendo la sustitución de la medida de aseguramiento de detención preventiva por otra diferente a la privativa de la libertad, a pesar de no haber declarado la inconstitucionalidad de la norma.

Este tipo de decisiones obedecen a que aún hoy, después de más de 10 años de expedida la ley, durante los cuales se venció incluso, el término máximo de la pena alternativa a imponer, no se ha podido aceptar aún que la LJP no tiene un fin de retribución como lo tiene la Justicia ordinaria; razón por la cual se recurre a la vulneración e interpretación restrictiva de todos los derechos y la maximización del Derecho penal, desconociendo los tratados internacionales sobre el carácter excepcional de la medida y los principios rectores del Estado Social y Democrático de derecho, entre los que se destaca la libertad.

Para concluir, comparto lo expuesto por la CoIDH<sup>247</sup> cuando ratifica una vez más que

*“el Estado, sólo como excepción y bajo determinadas condiciones, está facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia, convirtiendo la medida cautelar en una verdadera pena anticipada. [...] **en todos los casos** deben tomarse en consideración los principios universales de presunción de inocencia y de respeto a la libertad individual” (74).*

La CoIDH, ha sostenido que

*“por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”<sup>248</sup>.*

Compartimos lo planteado por la CoIDH en el sentido que no hay ninguna justificación, ninguna justicia excepcional o especial, ningún proceso penal que sea legítimo cuando se violan los derechos y garantías penales y procesales. Tal como se afirma, por muy graves que sean los delitos cometidos o por culpables que puedan ser los reos, el Estado no puede recurrir a este desconocimiento, porque de lo contrario, estaríamos ante un Estado que busca la

---

<sup>247</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). Jorge, José y Dante Peirano Basso - República Oriental Del Uruguay. Informe No. 86, 6 de agosto de 2009. Caso 12.553: Fondo. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>.

<sup>248</sup> CoIDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, C N° 4, párr. 154.

venganza y no la justicia y esto sucede, cuando se desconocen y vulneran los derechos, generando inseguridad jurídica, tal como ha sido la constante en los procesos de JyP.

#### **1.5.5. Jurisdicción especial de JyP.**

Para el desarrollo e implementación de esta política criminal denominada JTr, se creó una jurisdicción especial de justicia y paz, en la cual el ejercicio de la acción penal se encuentra en cabeza de la fiscalía, que es el ente encargado de conocer de las investigaciones de los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de la pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley, para lo cual debe recibir las versiones libres y las confesiones de los postulados a la ley, quienes deberán manifestar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo y deberán indicar los bienes que se entregan para la reparación de las víctimas.

Una vez se reciben las versiones libres, se inicia el proceso judicial ante los magistrados de control de garantías ante quienes se realiza la correspondiente imputación de los hechos confesados, a los cuales se imparte legalidad para continuar el trámite ante la sala de conocimiento integrada por tres magistrados, con quienes se realiza la acusación y se verifica la aceptación de los cargos por parte del postulado para impartir legalidad, proceder al incidente de reparación integral a las víctimas del conflicto y proferir la sentencia condenatoria correspondiente.

En este proceso no hay lugar a un juicio oral público, contradictorio y con inmediación de la prueba, toda vez que es un proceso que parte de la renuncia del derecho de no autoincriminación, es decir que el postulado para ingresar a esta Jurisdicción debe autoincriminarse en virtud de su confesión que es el insumo más importante para el desarrollo de la investigación y por ende si no renuncia este derecho, no puede postularse a esta Ley. Nace con la manifestación expresa del procesado de renunciar a su derecho de no autoincriminación, de renunciar a un juicio oral, público y contradictorio, en virtud de lo cual no solo no se presume su culpabilidad, sino que es necesario tener la certeza de la misma acabando literalmente con la presunción de inocencia.

Adicionalmente a que la LJP nace a la vida jurídica con la eliminación de derechos fundamentales, tales como el derecho a la no autoincriminación, a la renuncia a un juicio oral, publico contradictorio, a la defensa técnica en garantía de estos derechos, al derecho de contradicción, y por supuesto la certeza de la culpabilidad; las decisiones judiciales, no solamente han apoyado esta ausencia de derechos y garantías, sino que han emitido



providencias de corte descisionista, expandiendo la restricción y eliminación de derechos tales como la renuncia a la prescripción, el desconocimiento de la cosa juzgada, la prohibición de doble juzgamiento, la flexibilización del principio de legalidad y con el él del Estado Social y Democrático de Derecho, entre otros.

DWORKIN<sup>249</sup> considera que si bien los jueces pueden fundar sus decisiones en principios políticos, no deben hacerlo con argumentos de políticas públicas. En este caso considero que al tomar decisiones judiciales sobre criterios políticos y morales como sucede en este proceso especial, las decisiones judiciales, dejan de serlo y se convierten en decisiones políticas y morales que les está vedado a los jueces tomar y que afectan la imparcialidad, retornando su actividad a aquellas prácticas inquisitoriales fundadas en la moral.

#### **1.6. La flexibilización<sup>250</sup> de los derechos y garantías a partir de la JTr ¿Tercera velocidad?**

Se ha afirmado, en muchas ocasiones, que el postulado en la LJP es un *enfermo terminal*. La razón de esto es que, en virtud de la pena alternativa, que oscila entre 5 y 8 años de prisión, *todo se puede*.

*Se pueden* flexibilizar todos los derechos y garantías procesales y sustanciales. Se puede aplicar una ley que no estaba vigente durante la realización de la conducta y por lo tanto desconocer los principios de irretroactividad y de favorabilidad.

*Se puede* vulnerar el principio *de non bis in ídem*, en cuanto que en las audiencias de imputación se adicionan las sentencias condenatorias.

*Se puede* eliminar la presunción de inocencia en cuanto no se puede acceder a la LJP sin la renuncia al derecho de no autoincriminación y a la certeza de la culpabilidad.

*Se puede* desconocer la prescripción de la pena en cuanto se exige al postulado la renuncia a esta y a la acción penal, aunque la Constitución Política la prohíbe en su artículo 28: “... *En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles*”

---

<sup>249</sup> DWORKIN, R. *Una cuestión de principios*, Ed. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2012, p. 27.

<sup>250</sup> Flexibilidad: Capacidad para adaptarse con facilidad a las diversas circunstancias o para acomodar las normas a las distintas situaciones o necesidades. Oxford Dictionaries. Tomado de: <http://www.oxforddictionaries.com/es/definicion/espanol/flexibilidad>

*Se puede* imponer como única medida de aseguramiento la detención preventiva, de la cual se estipuló recientemente que para que proceda la sustitución el postulado debe haber cumplido el máximo de la pena alternativa. Desde el 2005, fecha en que inicio la LJP, ya han transcurrido 10 años desde su vigencia y gran parte de los postulados ya cumplieron la pena, sin que se haya proferido la libertad por pena cumplida.

*Se pueden* sobrevalorar jurídicamente los hechos delictivos con fines estadísticos<sup>251</sup>.

*Se puede* obviar el principio de legalidad al imputar conductas que no estaban previstas como delitos al momento de su realización.

### *El principio de legalidad*

Fundado en la premisa Kantiana “*no hay pena sin ley*”<sup>252</sup>, hace referencia a la pena judicial<sup>253</sup> impuesta por un juez en un tribunal, que difiere de la amenaza de la pena del legislador y de la ejecución de la pena por parte del ejecutivo. Nunca puede servir como medio para fomentar otro bien, ni para el delincuente, ni para la sociedad civil; sino que ha de imponérsele *solo porque ha delinquido*, y en tal medida es un imperativo categórico. Estas afirmaciones de KANT significan que solamente se puede imponer la pena cuando se han infringido la ley.

El grado de castigo que la justicia publica adopta como principio y como patrón es el principio de igualdad “en la posición del fiel de la balanza de la justicia” y por tanto “cualquier daño innecesario que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo” (p.167). Sobre este

---

<sup>251</sup> DIRECCIÓN NACIONAL DE FISCALÍA ESPECIALIZADAS: Estadísticas. Informe estadístico consolidado a 31 de Julio de 2015: Hechos confesados: 57.883. Delitos en hechos confesados: masacres 2.253 homicidio 40.161 reclutamiento ilícito 2.574 desaparición forzada 7.020 desplazamiento forzado 17.914 extorsión 2.874 secuestro 5.017 violencia sexual 135 destrucción y apropiación de bienes protegidos 946 tortura 2.034 constreñimiento ilegal 599 contribuciones arbitrarias 2.464 actos de terrorismo 895 hurto 4.109 lesiones personales 673 toma de rehenes 72 tráfico, fabricación o porte de estupefacientes 191. Tomado de: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/09/estadisticas-DFNEJT.pdf>.

<sup>252</sup> HRUSCHKA, J. *La Crisis del Principio de Legalidad En El Nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*. Cap. V. “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal”, Edición e introducciones de Juan Pablo Montiel. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 88.

<sup>253</sup> KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la Razón Práctica. La Paz Perpetua*, Ed. Porrúa, México D. F., 1986, 6ta ed. 2010, p. 66, “La pena judicial (poena forensis)... no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele solo porque ha delinquido... Antes de que se piense sacar de esta penal algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo. La ley penal es un imperativo categórico”

concepto de justicia retributiva, KANT también aborda el principio de proporcionalidad en torno a la medida del castigo frente al daño inmerecido que se ocasiona al otro. Esto implica que el daño debe infligirse en la medida de la infracción.

Es FEUERBACH quien por primera vez plantea el principio en latín *nulla poena sine lege*, señala en la *Revisión*

*“La pena civil solo se puede imponer por y conforme a una ley penal. En la ley penal y en su infracción por el hecho reside la única razón para la imposición del mal penal de naturaleza civil. Donde no hay ninguna ley en absoluto, no puede haber ninguna penal civil: donde la ley existente no es aplicable no puede ser aplicable pena alguna”*<sup>254</sup>.

En el hecho reside la única razón para la imposición de la pena y por lo tanto, donde no hay ley no puede haber ninguna pena. Para FEUERBACH, según indica MONTIEL, El principio superior es el siguiente: “Cada pena legal en el Estado es la consecuencia de una ley creada por la necesidad de mantener nuestros derechos y que amenaza una infracción jurídica con un mal perceptible por los sentidos sensorial”.

Los principios subordinados indican:

*“I Toda imposición de una pena requiere una ley penal (nulla poena sine lege). Y ello, porque la simple amenaza del mal por la Ley fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena.*

*II. La imposición de una pena está condicionada por la existencia de una conducta por la pena (nullum crimini sine poena legali)” Amenazada (nulla poena sine crimine). Y ello, porque a través de la Ley se vincula la pena con que se amenaza el hecho como requisito jurídico necesario”*<sup>255</sup>.

Así lo afirma también HOBBS, cuando considera que “el daño infligido por un hecho realizado antes de existir una ley que lo prohibiese, no es castigo sino acto de hostilidad, porque con anterioridad a la ley no existe transgresión a la ley”. Solamente la pena es legítima y admisible en cuanto la ley como tal, sea preexistente a la realización del hecho.

La diferencia entre KANT y FEUERBACH<sup>256</sup> en cuanto a este principio, radica en que para KANT, la pena es un imperativo categórico que no admite ninguna posibilidad de modificación

---

<sup>254</sup>HRUSCHKA, J. *La Crisis del Principio de Legalidad En El Nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*. Cap. V. “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal”, Edición e introducciones de Juan Pablo Montiel. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 92.

<sup>255</sup>HRUSCHKA, J. *La Crisis del Principio de Legalidad En El Nuevo Derecho penal...*, op. cit., p. 105.

<sup>256</sup>HRUSCHKA, J. *La Crisis del Principio de Legalidad En El Nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*. Cap. V. “Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal”, Edición e introducciones de Juan Pablo Montiel. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 99.

porque es descriptivo y aclaratorio, pero no un precepto o norma; mientras que FEUERBACH considera que la pena es una forma de intimidación por la amenaza legal de la pena.

A pesar de que KANT<sup>257</sup> no compartió con el marqués de BECCARÍA el argumento según el cual toda pena de muerte es ilegal porque no podría estar comprendida en el contrato social, argumentando que no era posible que ningún súbdito aceptara su propio castigo, lo cierto es que coinciden en cuanto al principio de legalidad en el sentido que solamente se puede juzgar y condenar al infractor de la ley previamente establecida.

El principio de legalidad en el Estado liberal, afirma ZAGREBELSKY, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible que como principio no es oponible derecho más fuerte, ni el poder de la administración, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares<sup>258</sup>.

Considera que el positivismo jurídico que estaba determinado por el principio de legalidad y el concepto de ley, como ciencia de la legislación positiva, cuya producción estaba en el ámbito del legislativo, se ha ido transformando en el *Estado Constitucional*, esto es, que la ley viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a la Constitución.

FERRAJOLI<sup>259</sup> por su parte, desarrolla la *teoría del principio de legalidad* haciendo referencia al principio de mera legalidad y estricta legalidad. El primero actúa según la fórmula de FEUERBACH, *nullum poena, nullum crimen sine lege* como norma de reconocimiento de todas las prescripciones penales legalmente vigentes, y tienen el valor de una regla meta-científica o semántica que identifica el derecho como objeto de la ciencia penal; dicen lo que es delito y se limitan a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito.

El principio de estricta legalidad exige las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal: *nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*.

---

<sup>257</sup>KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la Razón Práctica*. La Paz Perpetua, Ed. Porrúa, México D. F. 1986, 6ta ed. 2010, p. 171.

<sup>258</sup>ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, p. 24 y ss.

<sup>259</sup>FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, op. cit., pp. 95 y 375.

La simple legalidad es la condición de la vigencia de las normas que prevén penas y delitos, mientras que la estricta legalidad es, en cambio, una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes<sup>260</sup>.

El principio de legalidad comporta una garantía criminal, una garantía de la pena, una garantía de la jurisdicción y una garantía de ejecución de la pena que tiene una triple exigencia: *lex previa, scripta y stricta* <sup>261</sup> y en consecuencia, está fundamentada en principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí<sup>262</sup>.

BACIGALUPO <sup>263</sup> afirma que se puede comprobar que el principio de legalidad es prácticamente el único principio del Derecho Penal que aparece expresamente en los textos constitucionales, junto con el principio de culpabilidad. Ambos, a pesar de su trascendencia, son de carácter formal. No determinan el contenido de la ley, a pesar de que después de 1948, con los nuevos modelos constitucionales de Italia y Alemania, el derecho empezó a ocuparse de la calidad de la ley. La nueva situación, si bien no incorporó garantías sobre el contenido mismo de la ley penal, sí afirmó la exigencia de la *determinación precisa del hecho punible*.

JESCHECK<sup>264</sup> dice que la punibilidad debe estar legalmente determinada antes de la comisión del hecho. De ahí que el principio de legalidad comporte la exclusión del derecho consuetudinario; la prohibición de analogía como medio de creación y extensión de preceptos legales y agravación de penas; y la determinación de la ley, según la premisa *nullum crimen sin lege certa*, que hace referencia a que la reserva de la ley solo es eficaz cuando queda excluida la posibilidad de una decisión subjetiva y arbitraria por parte del juez.

De acuerdo con los tratadistas a los que hemos hecho alusión, el mínimo de legalidad en los Estados constitucionales modernos está determinado por el respeto del principio de legalidad como base fundamental de la seguridad jurídica. No obstante, con la llamada *legalidad flexible*, la seguridad jurídica pierde un gran sustento y genera decisiones arbitrarias y contrarias a derecho.

---

<sup>260</sup>FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 95 y 375.

<sup>261</sup>MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*, Ed. IBdeF, Buenos aires, 1984, 7ª ed. 2004, pp. 117 y ss

<sup>262</sup>FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 33.

<sup>263</sup> BACIGALUPO, E. *Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal. La Crisis del Principio de Legalidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 55 y 56.

<sup>264</sup> JESCHECK, H, / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. 5ª ed. Ed. Comares, Peligros, 2002, pp. 142-146.

La LJP fue expedida el 25 de julio de 2005 para hechos ocurridos “con anterioridad a su vigencia” y fue modificada por la Ley 1592 de 2012<sup>265</sup>, ampliando el tiempo de vigencia para los desmovilizados colectivos (autodefensas) a hechos cometidos con anterioridad a la fecha de su desmovilización; y para los desmovilizados individuales (guerrilla), a hechos ocurridos, también con anterioridad a su desmovilización, pero en todo caso, a los ocurridos antes del 31 de diciembre de 2012.

Los hechos investigables que son objeto de la LJP comportan una característica excepcional frente a las demás leyes, en las cuales la ocurrencia de los hechos que se judicializan corresponden a hechos futuros y no a hechos pasados antes de la entrada de su vigencia.

Podría pensarse *prima facie*, que el principio de no retroactividad de la ley se justifica en virtud del principio de favorabilidad. Sin embargo, esta es una situación aparente. Mi planteamiento es que tanto a partir de las garantías penales como procesales, el principio de no retroactividad de la ley ha sido afectado desde el mismo contenido normativo de la LJP.

Desde el punto de vista sustancial, el principio de legalidad en cuanto a *principio de no retroactividad de la ley* no comporta el principio de favorabilidad, pues la pena alternativa como tal realmente se aplica cuando se tasa la pena principal y constituye un ‘beneficio’ que suspende esta pena, reemplazándola por una alternativa que oscila entre cinco y ocho años de prisión, y que se concede al beneficiario por su contribución a la consecución de la paz nacional, la colaboración a la justicia, la reparación a las víctimas y su adecuada resocialización<sup>266</sup>.

La LJP rompe todos los principios del Derecho penal y procesal penal, comenzando por el principio de legalidad, en el cual uno de sus postulados básicos de este principio es la irretroactividad de la ley, tiene vigencia únicamente para delitos cometidos antes del 25 de julio de 2005; es decir, que no aplica para las personas desmovilizadas después de esta fecha y tampoco aplica para delitos cometidos con posterioridad a la fecha de expedición, y aún con la modificación contenida en la Ley 1592 de 2012.

Esto significa que esta jurisdicción no tiene competencia para conocer de delitos cometidos por miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que hayan delinquido

---

<sup>265</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1592 de 2012, art. 36 que modifica el artículo 72 de la Ley 975 de 2005.

<sup>266</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, art. 3.: Alternatividad.

durante y con ocasión de su pertenencia a dicho grupo, por hechos cometidos con posterioridad a la desmovilización o al 31 de diciembre de 2012.

Reitero, que no comporta un “beneficio” para todas las personas infractoras de la ley penal; tampoco para quienes siendo miembros de grupos organizados al margen de la ley no se hayan desmovilizado, o que haciéndolo, no lo hicieron antes del 31 de diciembre de 2012. Así, tampoco comporta un beneficio para aquellos que han sido expulsados de la LJP, ni para aquellos que renunciaron a la misma.

En virtud de las características de la ley que no es general, que es retroactiva, que no comporta en sí misma el principio de favorabilidad, sino el de lograr un beneficio a cambio de una política de delación y colaboración, se evidencia la vulneración del principio de retroactividad de la ley que caracteriza al estado de derecho.

El principio de legalidad en todas sus manifestaciones se encuentra consagrado en los convenios internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>267</sup>, en el Pacto de San José de Costa Rica<sup>268</sup>, en la jurisprudencia de la COIDH<sup>269</sup> y en el Convenio

---

<sup>267</sup> Art. 15 num. 1º: “Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.” 2º “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

<sup>268</sup> Art. 9º: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

<sup>269</sup> *Caso Castillo Petruzzi*, declaró: “La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”.

Europeo de DH<sup>270</sup>. También en la normatividad interna contenida en la Constitución Política de Colombia<sup>271</sup> y el Código Penal<sup>272</sup>.

Contrario a lo ilustrado, la Corte Suprema de Justicia –Sala penal– ha desarrollado el principio de *legalidad flexible* y considera que

*“Tal flexibilización a la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincuenciales auspiciada –o sistemáticamente cometida– por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos.*

*Así, se puede afirmar que so pretexto de la comisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos internacionales, en una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstendían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas. [...] Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el Derecho Internacional Humanitario”<sup>273</sup>.*

De igual manera, corrobora la flexibilización cuando afirma que

*“El principio de legalidad en su concepción tradicional fue y ha sido, a partir de los graves actos cometidos por el nazismo durante la segunda guerra mundial, con el propósito, no solo de llevar ante la justicia internacional a los culpables, sino de impedir en el Casación No. 38957 Luis Alfonso Plazas Vega 81 futuro su repetición y la impunidad de hechos atroces que afecten gravemente a la humanidad. El Tribunal de Nüremberg establecido para juzgar a los dirigentes nazis por crímenes de guerra, contra la humanidad y contra la paz, cuestionado por algunos al señalar que desconoció los principios de preexistencia y retroactividad de la ley penal, además de ser el primer intento real por construir una justicia penal internacional, condujo a una del principio de legalidad de los delitos y de las penas en su aplicación frente a esa clase de hechos punibles. Es decir, el citado*

---

<sup>270</sup> Artículo 7 numeral 1. “Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.” En su numeral 2º, advierte de manera perentoria que: “El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.”

<sup>271</sup> Artículo 29. “Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a las Leyes preexistentes...”

<sup>272</sup> Artículo 1 Ley 599 de 2000. “Nadie podrá ser juzgado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la Ley penal vigente al tiempo en que se cometió ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”. Artículo 3 del mismo estatuto establece: “La Ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca.”

<sup>273</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Proceso N° 33039 de diciembre 16 de 2010, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, p. 28. Disponible en: [http://www.observatorioddr.unal.edu.co/ambitojuridico/catalogo\\_juridicojyp/33039\\_16-12-10.pdf](http://www.observatorioddr.unal.edu.co/ambitojuridico/catalogo_juridicojyp/33039_16-12-10.pdf).



*postulado empieza a tener como fuente el derecho internacional consuetudinario, que permite a Glaser ir más allá cuando señala que , criticando a quienes veían en la constitución y función del Tribunal la violación de dicho principio ”*<sup>274</sup>.

Con este argumento, la Corte afirma que los Estados autoritarios no están interesados en tipificar sus propios actos y que en virtud de la omisión del legislador para tipificar en la normativa interna los delitos de trascendencia internacional en la Jurisdicción penal interna, se justifica la condena y penalización de los crímenes de conocimiento de la CPI, aunque no estuviesen contemplados en el Código Penal interno y la restricción de las garantías del justiciable.

Significa esto según la Corte, que este país, por ser un Estado autoritario, omitió expedir leyes penales que incorporaran los delitos internacionales, por la *notoria incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores* y en consecuencia, es posible juzgar a las personas por estos delitos y flexibilizar el principio de legalidad, como ha sucedido en casi todos los procesos de Justicia y Paz<sup>275</sup>. Frente a esta postura de la Corte, es necesario hacer varias aclaraciones:

- La primera, referida a que Colombia suscribió el Estatuto de Roma<sup>276</sup> en el mes de julio de 2002, condicionando la vigencia del crimen de guerra hasta el año 2009<sup>277</sup>.
- La segunda, para indicar que en los *delitos contra la vida e integridad personal* se incorporó el delito de genocidio desde la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, que entro a regir un año después.
- La tercera hace referencia a que en la misma ley se incorporó un nuevo título, atendiendo al bien jurídico de *Delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH*, cuya vigencia inició el 25 de julio de 2001.

---

<sup>274</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. No° 38957 del 16 de diciembre de 2015, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero.

<sup>275</sup> Como por ejemplo los ocurridos en la toma y retoma de puerto Saldaña por parte de la guerrilla los días 1, 27 y 28 de abril del año 2000 en los cuales se imputaron tipos penales no existentes durante estos hechos.

<sup>276</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 742 del 05 de junio de 2002, “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

<sup>277</sup> PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 2764 del 26 de noviembre de 2002, “Por el cual se promulga el ‘Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional’. “5. El Gobierno de Colombia haciendo uso de la facultad consagrada en el artículo 124 del Estatuto y sujeto a las condiciones establecidas en el mismo, declara que no acepta la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8° cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por nacionales colombianos o en territorio colombiano”.

- La cuarta aclaración, es que hasta la fecha no se han tipificado delitos de lesa humanidad propiamente dichos, sino que se han incorporado como parte de los delitos contra el DIH, lo cual ha generado una mayor confusión en su aplicación, pues así no hayan sido cometidos en virtud del conflicto armado, se aplican de manera directa como crímenes de lesa humanidad.

Debido a estas inconsistencias, a la falta de claridad jurídica en cuanto a la normatividad internacional frente a la normatividad interna, se ha asumido como parte del proceso de Justicia y Paz la incorporación de la legalidad flexible como una justificación para realizar las imputaciones y acusaciones y para proferir sentencias condenatorias, en las cuales es evidente que la gran mayoría de conductas delictivas por las cuales han condenado a los postulados de JyP no estaban previstas en el ordenamiento jurídico previamente. En otros casos, estaban tipificadas en otra modalidad, pero se agravan para imponer la pena más alta. Así, en la sentencia proferida por el Tribunal de JyP, se dio aplicación a la legalidad flexible o extendida en los términos del auto de la Corte Suprema de Justicia (2010).

De otro lado, es imperioso precisar, respecto de la aplicación del tipo penal contenido en el artículo 135 del Código Penal (Ley 599 de 2000), sin tener en cuenta su vigencia, para los casos de homicidio de miembros de la población civil en desarrollo del conflicto armado no internacional –Homicidio en Persona Protegida– pese a que los hechos tengan fecha anterior al 25 de julio de 2001.

Tal punto es de vital importancia, como quiera que en múltiples oportunidades se observa que los cargos, de la manera como fueron formulados en el escrito correspondiente, se adecuan a los contenidos del artículo 323 del Código Penal (Decreto Ley 100 de 1980), equiparable en su estructura al del artículo 103 de la Ley 599 de 2000, pero estima la Sala que tal tesis ha sido superada por la jurisprudencia, al punto de reconocer que el Derecho Internacional, que específicamente se incorpora al derecho interno en virtud de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, trajo para dichas conductas la tipificación que más recientemente se vino a añadir de forma expresa en la legislación interna a través de la promulgación de la Ley 599 de 2000, y que armonizó la legislación interna con la internacional al establecer en el artículo 135 el *homicidio en persona protegida*.

Por lo anterior, por lo menos en cuanto a su *nomen juris* y estructura, al tratarse de delitos desarrollados con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado interno o no internacional, con fundamento en el *Principio de legalidad extendida*, se denominará a los homicidios así

perpetrados como “Homicidio en Persona Protegida”, aun cuando respecto de su punición, deba aplicarse la sanción establecida, inclusive por favorabilidad, para el homicidio doloso simple o agravado, según corresponda<sup>278</sup>.

Cuando CHRISTENSEN se refiere a la paradoja de la decisión judicial, afirma que la mera ley no toma ninguna decisión y que para ello se necesita al juez, pero que este no obra libremente sino que se encuentra condicionado.

El Juez se encuentra en una situación kafkiana, porque sabe que está ligado pero no sabe a qué. “No obstante, un Juez no puede permitirse tanta ignorancia frente a la cantidad de decisiones judiciales que tiene que tomar hoy en día”. Como alternativa a KAFKA, se ofrece Carl SCHMITT:

*“la situación del juez está recargando con la intensidad existencial de la gran decisión, pero sus múltiples obligaciones de emitir fallos disuelve la gran decisión. Al poder le importa la decisión, la cual no tiene nada que ver con un proceso y una argumentación. Solo cuenta el resultado”*<sup>279</sup>.

A pesar de que la Constitución colombiana establece con claridad los parámetros de interpretación en la medida en que la constitución es norma de normas, y en consecuencia los principios constitucionales, empezando por el de legalidad son muy claros, las decisiones judiciales limitan, restringen y en muchos casos desconocen los derechos y garantías sustanciales y procesales consagradas en la Carta Política.

Para ilustrar el tema en relación con su aplicación y contrario al mínimo de exigencia del principio de legalidad, según el cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las Leyes preexistentes”, contenido en el artículo 29 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, en el caso concreto de la sentencia<sup>280</sup> contra el postulado Hebert Veloza, la sala de Justicia y Paz señaló:

*“Es claro para la Sala que las conductas desarrolladas por el postulado constituyen verdaderos atentados contra la población civil en el marco de un conflicto armado. Para la fecha de la ocurrencia de estos hechos, el nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000 y más concretamente su Título*

---

<sup>278</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. SALA DE JUSTICIA. Sentencia dentro del Radicado: 11001 60 00253 2006 80018 Postulado: Ramiro Vanoy Murillo Bloque: Mineros. pp. 131, 132.

<sup>279</sup> CHRISTENSEN. “La paradoja de la decisión judicial. Teoría de sisteas y reconstrucción”. En de la Crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 127 y ss.

<sup>280</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. SALA DE JUSTICIA Y PAZ. Sentencia Primera Instancia 30 de octubre del 2013 4. Número del proceso: 11-001-60-00 253-2006 810099 5. Postulado: Hébert Veloza

*II de la parte especial, Delitos contra personas y bienes protegidos contra el DIH, aún no había entrado a regir, pues el Decreto Ley 100 de 1980 estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2001, no obstante, los cargos fueron legalizados como homicidio en persona protegida, pero para los efectos punitivos, en esta sentencia se les aplicará la pena prevista en los artículos 103 y 104 de la Ley 599 de 2000.*

*Bajo este entendido, esto es, que los delitos cometidos por los miembros del grupo armado ilegal se cometieron con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, todos los delitos de homicidios imputados en los cargos 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 60, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76 y 77 fueron legalizados como homicidio en persona protegida artículo 135, parágrafo numeral 1, pero para los efectos punitivos, se les aplicará la pena prevista en los artículos 103 y 104 de la Ley 599 de 2000”.*

### La sobrevaloración jurídica de las conductas.

Se hace una sobrevaloración en la calificación jurídica de los hechos para mostrar una estadística. El sistema está diseñado para que los postulados acepten todo; inclusive ellos mismos lo aceptan, por cuanto si algún hecho sobre el que existan dudas queda pendiente, pues *es mejor* aceptar todo en JyP.

Esta es la realidad que se presenta en el proceso de Justicia y Paz, pero todos los que participan terminan cerrando los ojos ante ella, porque puede que no sea lo más jurídico, pero sí lo más *conveniente*, aunque esto impida que se cumpla con el principio de verdad.

En la decisión contenida en el radicado 33039 de 2010 contra Úber Enrique Banquez Martínez<sup>281</sup>, la Corte también modificó la calificación jurídica de la decisión de primera instancia y concluyó que la norma a aplicar no era la que estaba vigente al momento de la realización de los hechos, sino las disposiciones del Código penal de 2000, así no hubieran nacido a la vida jurídica con posterioridad y dispuso que en los siguientes hechos se aplicarían los tipos penales del Código penal que entró en vigencia a partir del mes de julio de 2001 y revocó la calificación así:

1. Masacre de Colosó, acaecida el 6 de noviembre de 1998, en la que se dio muerte a seis personas y desplazamiento forzado a seis más.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, además en concurso material con toma de rehenes y desplazamiento forzado de población civil.*

---

<sup>281</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Proceso No° 33039. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. 2010.

2. Masacre de San Isidro o Caracolí en Carmen de Bolívar, perpetrada el 11 de marzo de 1999 en el corregimiento Caracolí o San Isidro de Carmen de Bolívar.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, además en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.*

3. Homicidios de Manuel Antonio Fernández, Luis Eduardo Flórez y Édgar Martelo, cometidos el 6 de noviembre de 1999 de en Jurisdicción de Toluviejo.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con tortura en persona protegida y toma de rehenes.*

4. Masacre El Salado, acaecida el 18 de febrero de 2000 en el municipio de Carmen de Bolívar, en la que se dio muerte a 62 personas, se produjo la desaparición forzada de cuatro, se atentó contra la integridad y libertad sexual de dos ciudadanos, además de destruir y saquear la población, como consecuencia de lo cual se generó el desplazamiento de 635 humildes labriegos del poblado.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo (62 personas asesinadas), a la vez en concurso material con tortura en persona protegida, desaparición forzada (4), toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, desplazamiento forzado de población civil, acceso carnal y acto sexual violento en persona protegida.*

5. Masacre de Palo Alto realizada en San Onofre el 30 de abril de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.*

6. Masacre Curva del Diablo, en el municipio de Colosó, cometida el 25 de agosto de 2000, en la que fueron asesinadas 5 personas.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, desplazamiento forzado de población civil y acceso carnal violento en persona protegida.*

7. Masacre Chinulito, municipio de Colosó (caserío El Parejo Arenita), cometida el 13 de septiembre de 2000, en la que fueron asesinadas 10 personas.

*Homicidio en persona protegida (10) en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos y desplazamiento forzado de población civil.*

8. Masacre Macayepo en Carmen de Bolívar, realizada el 14 de octubre de 2000, en la que murieron 7 personas, 19 fueron desplazadas y se cometió despojo de 17 bienes.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, en concurso material con desplazamiento forzado de personas y despojo en el campo de batalla.*

9. Masacre de Chengue, municipio de Ovejas, perpetrada el 17 de enero de 2001 en la que fueron asesinadas 25 personas y desplazadas 129.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, destrucción y apropiación de bienes protegidos, acceso carnal y acto carnal violento en persona protegida.*

10. Homicidio de Elvis de Jesús Petro Piero, realizado el 21 de marzo de 2001 en María La Baja.

*Homicidio en persona protegida*

11. Masacre de Retiro Nuevo, municipio María La Baja, perpetrada el 19 de abril de 2001, en la que se cometieron 4 homicidios.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, en concurso material con tortura en persona protegida, toma de rehenes, y destrucción y apropiación de bienes protegidos.*

12. Secuestro y homicidio del alcalde de Chalán, Sucre, Aury Sara Marrugo y su escolta, acaecida el 30 de noviembre de 2001 en el corregimiento Pasacaballos de Cartagena y hallados luego sus cadáveres en Pava Mahates, Bolívar.

*Homicidio en persona protegida en concurso homogéneo, a la vez en concurso material con toma de rehenes, tortura en persona protegida y destrucción y apropiación de bienes protegidos.*

13. Homicidio de Carmelo Ospina Catrillo, cometido el 18 de marzo de 2003 en Arjona Calle La Palma.

*Homicidio en persona protegida.*

14. Homicidio de Rafael Antonio Vergara Bonfante perpetrado el 24 de abril de 2004 en María La Baja Calle del Puerto.

*Homicidio en persona protegida (p. 3 y ss.).*

Se aplica la LJP a partir de esta sentencia de la Corte, precisamente como una forma de restricción de las garantías penales fundamentales del Estado de Derecho y corroborando mi tesis, en el sentido en que efectivamente se aplica la teoría de la tercera velocidad<sup>282</sup> (SILVA), frente a la pena alternativa como beneficio en pro de la delación y colaboración eficaz, a cambio del desmoronamiento del principio de legalidad, de la seguridad jurídica, de la irretroactividad de la ley, y en consecuencia, del debilitamiento del Estado de Derecho.

---

<sup>282</sup> SILVA, J. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 25 y ss. Término utilizado por Silva Sánchez dedicada a caracterizar en su conjunto la política criminal de las sociedades “postindustriales”.

Recordemos a RADBRUCH<sup>283</sup> cuando plantea que encontramos la idea del derecho en la justicia y su esencia está en la igualdad, es decir, que la justicia indica que hay que tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, esto es, tratamiento igual de los hombres y relaciones iguales y correspondiente desigual de los desiguales. Con estas dos categorías surge un tercer elemento: la seguridad jurídica que exige que *si no puede fijarse lo que es justo, hay que establecer lo que debe ser jurídico y eso si, por una magistratura que esté en situación de hacer cumplir lo establecido*. La seguridad jurídica entonces es presupuesto propio de la justicia y significa orden y paz.

Por otra parte, KAUFFMAN considera que la seguridad jurídica implica la *seguridad por medio del derecho*<sup>284</sup> o defensa contra hurto, homicidio, que se presenta cuando el derecho mismo ofrece certeza y *la seguridad del derecho mismo*, esto es, la garantía de su conocimiento, operatividad y aplicabilidad que se presenta cuando el derecho mismo ofrece certeza. Uno de los aspectos determinantes, es precisamente, la fuerza de *cosa juzgada* de las sentencias judiciales.

Conceptos jurídicos indeterminados –no saber desde cuando se inicia a contar el tiempo de la pena alternativa–, clausulas generales –facilitar procesos de paz garantizando los derechos de las víctimas– y situaciones de hecho fuertemente normativas –renuncia a derechos y garantías, o principio de presunción de culpabilidad –, “amenazan la seguridad jurídica, pues subsiste el peligro de una jurisprudencia considerablemente divergente, y por ende una falta de certeza sobre aquello que es derecho”. Como dice KAUFMANN: “Quien siembra normas, no cosecha justicia”<sup>285</sup>.

De acuerdo con lo mencionado por estos autores, no puede pensarse en ningún tipo de justicia si se desconoce la seguridad jurídica, como en efecto ha sucedido en el ámbito de la JTr, y menos aún pensar que sin seguridad jurídica y sin garantías de los derechos pueda lograrse la paz. .

#### *El principio de non bis in ídem,*

---

<sup>283</sup>RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2002, pp. 95-97.

<sup>284</sup>KAUFMANN, A. *Filosofía del Derecho*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 349 y 350.

<sup>285</sup>KAUFMANN, A. *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 349 y 350.

Este principio está contenido en el Convenio III de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949 CICR, que en su artículo 86, dispone que *non bis in idem*: “Un prisionero de guerra no podrá ser castigado más que una sola vez a causa del mismo acto o por la misma acusación”<sup>286</sup>, prácticamente desapareció del escenario del proceso de JTr, porque si bien la ley 975 de 2005 se expide como una forma de lograr la paz, lo cierto es que no reconoce la categoría contenida en la Convención de Ginebra de conflicto armado no internacional, y en consecuencia, juzga a los guerrilleros desmovilizados, no como prisioneros de guerra, sino como criminales.

En la audiencia de imputación se adicionan nuevos cargos y nuevos hechos que son imputados nuevamente en la audiencia de imputación; hechos que deben ser aceptados para que no se inicie un nuevo proceso en la justicia ordinaria por el faltante de estas imputaciones en la justicia ordinaria, cuando se juzgó y condenó al procesado y con el fin de formular cargos por tipos penales contra el DIH que consagra el Código penal. Igualmente, se pueden realizar *procesos penales simultáneos* por los mismos hechos tanto en la justicia ordinaria como en JyP<sup>287</sup>, lo que desconoce el principio en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

En audiencia realizada contra los integrantes del grupo de Autodefensas Unidas de Colombia del Magdalena Medio, realizada el 18 de marzo de 2011, la fiscalía dijo:

En relación con la cosa juzgada en cuanto por los mismos hechos ya se haya dictado sentencia condenatoria que ya está ejecutoriada, afirmó:

*“Ese es un tema que no ha sido solucionado ni por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia ni tampoco al interior de la Unidad de Justicia y Paz. Sin embargo, estima el suscrito fiscal que a pesar de tratarse de hechos que ya están cobijado por una sentencia condenatoria en Jurisdicción ordinaria ello no obsta para que se actualice la tipicidad para efectos de imputación con base en las normas del Derecho Internacional Humanitario, entre otras cosas porque es una cuestión de rigor lógico cuando la fiscalía ha argumentado a lo largo de la audiencia que las imputaciones que trae hacen parte del contexto del conflicto armado, en la Jurisdicción ordinaria no se les dio esa connotación y por lo tanto tengo dudas a futuro cual puede ser la solución que se le dé al tema de esa actualización de la tipicidad en la imputación sobre casos que ya tienen una sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada, pero creo que para la imputación no hay problema porque con eso se está garantizando un principio de verdad y un principio de justicia frente a las víctimas... así*

---

<sup>286</sup> III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949. art. 86. *Non bis in idem*.

<sup>287</sup> Por ejemplo el caso de Elda Nellys Mosquera, ‘Karina’, quien mientras rendía versión libre, la fiscalía compulsaba copias de lo confesado a la justicia ordinaria para que paralelamente se tramitara el proceso ordinario.



*mismo, la persona tampoco fue condenada por homicidio en persona protegida, es decir, lo que estoy aclarando es que por el hecho la persona fue condenada en Jurisdicción ordinaria y la tipicidad que se trae es que corresponde al Derecho Internacional Humanitario*”<sup>288</sup>.

Recordemos que en los procesos de JyP se han compulsado copias a la justicia ordinaria y allí se adelantan simultáneamente procesos por los mismos hechos que están siendo juzgados en JyP; con el agravante de que las premisas de la justicia ordinaria no exigen la renuncia al derecho de no-autoincriminación que si se ha perdido en la JTr.

Esto implica que el inicio del proceso en la Jurisdicción ordinaria inicia con la violación de este derecho, ya que simultánea y reiteradamente se le obliga al postulado de la LJP y al procesado de la Justicia Ordinaria, que es la misma persona y son los mismos hechos, a que en las dos jurisdicciones está obligado a confesar; ya que si no lo hace en la justicia ordinaria se entiende en la LJP que *no quiere decir la verdad* y, en consecuencia, se mantiene el chantaje de exclusión de la JTr<sup>289</sup>.

Tal como lo afirma RODRÍGUEZ<sup>290</sup>, el *non bis in idem*, tiende a confundirse con la cosa juzgada, pues aunque ambos son derechos fundamentales, tienen autonomía propia. Mientras el *non bis in idem* puede ejercerse en cualquier etapa del proceso y solo se exigen cuando existe doble actuación formal contra el mismo imputado y por los mismos hechos, la cosa juzgada requiere de una sentencia debidamente ejecutoriada.

La misma Corte Constitucional<sup>291</sup> afirmó que “El principio de *non bis in idem*, es una garantía jurídico penal que impide una doble imputación y un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho”. Sin embargo, esto se ha desconocido desde la entrada en vigencia de la Ley 975 de 2005.

---

<sup>288</sup> Minuto a minuto 1.18.40 a 1.19.52

<sup>289</sup> VOLTAIRE. *Tratado sobre la Tolerancia*, Ed. Espasa, Madrid, 2007. 2ª ed. de la trad. de Mauro Armiño, pp. 71, 76 y 79. La forma como se vulneran todos los derechos en la Ley de Justicia y Paz, hace recordar la condena a muerte de Jean Calas, o como afirma VOLTAIRE: “El asesinato de Calas cometido en Toulouse con la espada de la justicia el 9 de marzo de 1762” cuando fue condenado a la rueda, porque su hijo se suicidó y por razones religiosas se ordenó su muerte. Dice VOLTAIRE que “la debilidad de nuestra razón y la insuficiencias de nuestras Leyes, se dejan sentir todos los días...” y varias personas que en Francia se llaman devotas, dijeron que “...mas valía aplicar la rueda a un viejo calvinista inocente que exponer ocho consejeros de Languedoc a admitir que se habían equivocado...”.

<sup>290</sup> RODRIGUEZ, O. *La presunción de inocencia. Principios universales*, Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 2001, p. 591.

<sup>291</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-575 del 10 de diciembre de 1993. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-575-93.htm>.

Como dijo Piero CALAMENDREI<sup>292</sup>:

*“El aforismo tan estimado por los antiguos doctores según el cual res iudicata facit de albo nigrum et de quadrato rotundum (la cosa juzgada hace de lo blanco, negro y de lo cuadrado, redondo), hace hoy sonreír; sin embargo, pensándolo bien, debería hacer temblar [...] el juez, tiene el sobrehumano poder de producir en el mundo del derecho las más monstruosas metamorfosis, y de dar a las sombras apariencias eternas de verdades: y porque dentro de su mundo, sentencia y verdad deben en definitiva coincidir, puede, si la sentencia no se adapta a la verdad, reproducir la verdad a la medida de sus sentencia”.*

Significa que la cosa juzgada es la mayor aproximación a la seguridad jurídica, y es precisamente allí donde el poder de la justicia a través del juez se materializa de forma rigurosa. Si el Juez como parte de la administración de justicia toma una decisión del poder que significa una sentencia para imponer castigos, no puede pretenderse, so pretexto, *de volver a hacer justicia, o hacerla mejor que el juez que lo antecedió*, o como se justifica en Justicia y Paz, por *principio de verdad*, volver a hacer imputaciones y endilgar nuevas culpabilidades a los postulados por los mismos hechos.

Es lamentable que si el Estado ha tenido todo el poder que le permite hacer las leyes, aplicarlas y juzgar a los que no las cumplen, cada que vez que no le convienen sus propias leyes, las desconoce o se inventa fórmulas como el mencionado *principio de verdad* para justificar sus arbitrariedades.

HABERMAS<sup>293</sup> plantea que la reducción de normas jurídicas o mandatos de un legislador político, implica que el derecho se disuelva en política, desconociendo el componente mismo de lo político, y la dominación política no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente, ya que un derecho que queda a merced del sistema político, *pierde su fuerza legitimadora*. Su validez jurídica *quedase privada de toda referencia moral a los aspectos de justicia* en cuanto trasciende la decisión del legislador y el derecho acabaría perdiendo su propia identidad.

La JTr contenida en la Ley 975 de 2005, en la forma como fue diseñada y en su aplicación, ha perdido la fuerza legitimadora por cuanto se sumergió eminentemente en lo político, y su

---

<sup>292</sup> CALAMANDREI, P. *Elogio de los Jueces*, Ed. Gustavo Ibañez, 1ª ed. Col., Bogotá, 2012, pp. 62 y 63.

<sup>293</sup> HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 577.

validez en cuanto las decisiones judiciales emanadas de ella hacen exigencias de carácter moral, como la exigencia de un ‘verdadero arrepentimiento’.

### La prescripción.

El artículo 28, inciso final de la Constitución establece que: “*en ningún caso podrá haber penas y medidas de seguridad imprescriptibles*”.

La Corte Constitucional Colombiana, refiriéndose al tema, ha considerado que:

*“La prescripción es la cesación de la potestad punitiva del Estado después de transcurrido el periodo de tiempo fijado por la ley. La prescripción opera tanto para la acción como para la pena. En la prescripción de la pena el Estado renuncia a su potestad represiva por el transcurso del tiempo, anulando de esta manera el interés de hacer efectiva una condena o sanción legalmente impuesta. De acuerdo con nuestro Ordenamiento Constitucional no hay penas imprescriptibles. Es decir, que a la luz de las normas constitucionales que hoy rigen no puede existir pena alguna, sea cual fuere su índole (criminal, disciplinaria, contravencional, policiva, fiscal, administrativa, tributaria, etc.), que no prescriba”*<sup>294</sup>.

Cuando se aprobó el Estatuto de Roma en Colombia, refiriéndose al artículo 29 que indica que “Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán”, en virtud del control previo que ejerce la Corte Constitucional en tratándose de leyes Estatutarias, consideró en la sentencia C-578/02 que:

*“las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las Leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana. Lo anterior no obsta para que las autoridades colombianas cuando cooperen con la Corte Penal Internacional y le presten asistencia judicial, en los términos de las Partes IX y X del Estatuto y demás normas concordantes, apliquen las disposiciones del tratado dentro del ámbito regulado en él. En algunas materias, estas disposiciones del Estatuto pueden requerir desarrollos normativos internos para facilitar la cooperación.*

*Como el ámbito del Estatuto de Roma se limita exclusivamente al ejercicio de la competencia complementaria atribuida a la Corte Penal Internacional y a la cooperación de las autoridades nacionales con ésta, el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia”*<sup>295</sup>.

---

<sup>294</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-240 de 19 de mayo de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-240-94.htm>.

<sup>295</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Contrario a la Constitución y a lo establecido por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, en tratándose del proceso de JyP, ha hecho caso omiso de este precepto y de las decisiones vinculantes de la Corte Constitucional exigiendo a los postulados que renuncien a la prescripción, con el argumento de que si no lo hacen, no están cumpliendo con el principio de verdad, y en tal virtud, sería una causal de exclusión de la ley.

Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia:

Radicado 29560: “*El postulado debe tener vocación de verdad y de reconciliación, a lo cual se opone que opere en su favor el fenómeno prescriptivo de una acción delictiva, Debe entenderse que cuando se acepta un cargo, se renuncia a la prescripción de esa acción penal*”<sup>296</sup>.

Radicado 37048: “*El postulado debe tener vocación de verdad y de reconciliación [...] debe entenderse que cuando se acepta un cargo, se renuncia a la prescripción de esa acción penal [...] la corte entiende que tal manifestación surge del conocimiento pleno de su deber de reconciliación; por tanto, es de su fuero renunciar a ese beneficio*”<sup>297</sup>.

“*De otro extremo, es claro que atendiendo a las condiciones de elegibilidad, el postulado debe tener vocación de verdad y de reconciliación, a lo cual se opone que opere en su favor el fenómeno prescriptivo de una acción delictiva, no perseguida, entre otras razones, por la complejidad investigativa que comportan las conductas de las organizaciones criminales. Debe entenderse que cuando se acepta un cargo, se renuncia a la prescripción de esa acción penal, en el presente asunto se hace referencia a una falsedad material de particular en documento público, pero podría tratarse de atentados contra la vida e integridad personal, contra la libertad, contra la autonomía e insospechados comportamientos violatorios del núcleo de la dignidad humana respecto de los cuales, por el simple transcurso del tiempo, el Estado perdería su potestad punitiva. En este caso, el señor SALAZAR no se opuso a esa imputación y la aceptó, la Corte entiende que tal manifestación surge del conocimiento pleno de su deber de reconciliación; por tanto, es de su fuero renunciar a ese beneficio*”. Y es que no puede ser otro el entendido de la norma porque la mirada hermenéutica a la justicia transicional es diferente a la prevista para la justicia ordinaria, no pudiéndose hacer transposiciones exactas de contenidos normativos de ésta en aquella cuando altere el equilibrio establecido de la Ley 975 de 2005, por el contrario se debe procurar alcanzar los objetivos señalados en la ley, los cuales en el caso de la renuncia a la prescripción, se puede decir con absoluta certeza, no colocarán en condición desventajosa al postulado, en cambio sí puede ocurrir

---

<sup>296</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. No. 29560 de 28 de mayo de 2008. postulado: Wilson Salazar Carrascal. M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

<sup>297</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Segunda Instancia. Rad. N° 37048 de 6 de diciembre de 2012. M.P. Javier Zapata Ortiz, Postulado: Aramis Machado Ortiz, M. P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

*lo contrario respecto de las víctimas afectando negativamente la verdad, la justicia y la reparación*”<sup>298</sup>.

Tal como se indicó en el artículo publicado sobre *Criterios de aplicación de los principios del Derecho penal y nuevos enfoques en la Ley de Justicia y Paz*<sup>299</sup>, la prescripción de la acción penal implica cesación del derecho que tiene el Estado de continuar con la investigación sea por el factor de tiempo o la dificultad de mantener sin contaminar, las pruebas evitando que determinada persona continúe indefinidamente sometida a la sindicación penal sin definirse su situación jurídica frente a la ley por la inoperancia del Estado.

En Colombia, constitucional y legalmente no hay cadena perpetua y en ese sentido tampoco hay imprescriptibilidad de penas. Lo contrario implicaría que la acción penal en cabeza de la Fiscalía como ente acusador, adquiriera un carácter perpetuo y en ese sentido todas las personas, que pueden ser culpables o inocentes de cometer un delito, deban soportar indefinidamente la incertidumbre de un proceso en cualquier momento de su vida.

#### *La adición de las sentencias condenatorias*

Se puede hablar de la facultad de la Fiscalía de *adicionar a las sentencias ejecutoriadas nuevos tipos penales* cuando invocan los artículos 7° y 8° del Estatuto de Roma en las imputaciones; a pesar que de conformidad con el Estatuto de Roma, la CPI, “tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales” (art. 1) y no puede aplicarse en Colombia, porque es potestativo de la Corte Penal Internacional. El hecho de que se haya ratificado el Estatuto de Roma, no significa que los jueces internos puedan aplicarlo directamente porque no es su competencia, pero que se hace referencia a estos tipos penales internacionales como complemento de los tipos penales de la legislación interna.

Otro fenómeno que se produce en torno a este aspecto es la adición jurídica de tipos penales nuevos que se incorporan a las sentencias condenatorias ya ejecutoriadas en la jurisdicción ordinaria pero que el fiscal de turno no calificó asertivamente y el fiscal en justicia y paz,

---

<sup>298</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de Segunda Instancia. Rad. N° 37048 de 6 de diciembre de 2012. M.P. Javier Zapata Ortiz, Postulado: Aramis Machado Ortiz, M. P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

<sup>299</sup> CUERVO CRIALES / ORDÚZ BARRETO. “Criterios de aplicación de los principios del del Derecho penal y nuevos enfoques en la Ley de Justicia y Paz”-Semillero Atenea. Criterio Jurídico Garantista. Año 6, núm. 11. Bogotá, julio-diciembre de 2014. ISSN: 2145-3381 FUAC, pp. 126-159.

subsana agregando nuevos tipos penales a hechos que ya fueron objeto de sentencia condenatoria.

Un ejemplo es la audiencia de imputación celebrada los días, 17, 18, 19, 20, 24 y 26 de junio de 2013 contra los guerrilleros que participaron en denominada toma y retoma de Puerto Saldaña, en la cual la fiscalía afirma que si bien algunos postulados se acogieron a sentencia anticipada en la Justicia ordinaria en el 2011 por los hechos del 1 y 26 y 27 de abril de 2000, procede a adicionar a la sentencia los siguientes tipos penales: Art. 135 Homicidio en persona protegida; Art. 135 Homicidio en persona protegida en la modalidad de tentativa; Art. - 142 Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos; Art. 154 - Destrucción y apropiación de bienes protegidos; Art. - 155 Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario; Art. 156 - Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto; Art. 189 - Violación de habitación ajena; Art. 265 - Daño en bien ajeno; Art. 350 – Incendio (C. P. Col).

#### La presunción de inocencia.

Realmente no hay mucho que decir; simplemente no hay presunción de inocencia porque el requisito para ser postulado a la LJP es renunciar al derecho de no autoincriminación, a un juicio oral y contradictorio. De todas maneras así se renuncie a estos derechos, no puede desconocerse la presunción de inocencia.

Hobbes afirmó: “*no entiendo, cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infringirse una pena sin una sentencia previa*”<sup>300</sup>, refiriéndose al principio de la presunción de inocencia que fue consagrado por la carta magna de 1215, en su artículo 39:

*Ningún hombre libre será detenido, ni preso, ni desposeído de sus derechos y posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país.*

BECCARÍA<sup>301</sup> por su parte consideró que

*“...un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la publica protección, sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será el que de potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o*

---

<sup>300</sup> HOBBS, T. *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*. Ed. Tecno, España 1992, p. 124.

<sup>301</sup> BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Textos fundamentales. Ed. Universidad Externado de Colombia. Sigma editores Ltda. Bogotá, 1995, pp. 37 y 38.

*incierto; si cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”.*

Según el Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, la palabra presunción es “*La que se aplica a toda persona, aun acusada en un proceso penal, mientras no se produzca sentencia firme condenatoria*”, y etimológicamente se descompone en los términos *prae* y *sumere*, que en su definición común significa prejuicio sin prueba<sup>302</sup>.

Para GONZALEZ<sup>303</sup> la presunción es una anticipación de la verdad derivada de un conocimiento basado en hipótesis. Es una verdad provisionaria por medio de la cual se da por conocido un hecho que en realidad no se conoce, basado en la relación frecuente que tenga con otro que si es conocido verdaderamente.

Para llegar a esa conclusión el hombre se basa en la acumulación permanente de datos que le brinda reglas de experiencia, las cuales enlaza, por decirlo así, con juicios preliminares, presumiendo efectos, juicios y relaciones nuevos, siendo así la presunción un juicio lógico, que conlleva una generalidad o conclusión anticipada y provisional.

En términos jurídicos, afirma el autor, la presunción se puede definir como un juicio lógico de legislador o del hombre –según se trate de una legal o judicial– que tiene como objeto considerar cierto o probable un hecho, según las reglas de la experiencia que señalan el modo normal de sucesión de los acontecimientos.

Al respecto, DWORKIN<sup>304</sup> refiere que un principio es un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y que cuando decimos “*que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal, que los funcionarios deben tenerlo*

---

<sup>302</sup> GONZALEZ QUINTERO, C. *Las presunciones en el Derecho Colombiano*, Ed. Leyer, Bogotá, 1998, pp. 29 y ss.

<sup>303</sup> GONZALEZ QUINTERO, C. *Las presunciones en el Derecho Colombiano*, op. cit. Ed. Leyer, Bogotá, 1998, pp. 29 y ss.

<sup>304</sup> DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. Obras maestras del pensamiento contemporáneo. Ed. Planeta-Agostini, Barcelona, 1992, p. 72.

*en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido*”<sup>305</sup>.

ALEXY considera que los principios<sup>306</sup> son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino de las jurídicas.

Por otro lado, el termino *inocencia*, según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales<sup>307</sup> es un Estado y calidad del alma limpia. Es la exención de toda culpa en un delito o en una mala acción. El criterio formalista señala que inocente es quien está *libre de culpa*; definición que coincide con la de varios autores para quienes inocencia es el estado del que se halla inocente y libre del delito del que se le acusa. De ahí, que pueda darse el caso que una persona que sea judicialmente considerada como inocente puede no serlo; o que, por el contrario, sea considerada culpable cuando en realidad es inocente.

El principio de la presunción de inocencia, entonces, hace referencia a la idea rectora o regla fundamental según la cual nadie podrá ser considerado ni tratado como culpable, mientras no exista una decisión judicial en firme que así lo determine y que en sentido lógico, constituye la generalización y la fundamentación de una máxima que está consagrada como principio en el ordenamiento jurídico internacional<sup>308</sup> y reconocido en la Constitución Política Colombiana<sup>309</sup>.

Adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario, ordena a las

---

<sup>305</sup> DWORKIN, R. *Los derechos en serio*. op. cit., p. 77.

<sup>306</sup> ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 86 y ss.

<sup>307</sup> OSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Ed. Heliasta, Argentina, 1981, pp. 385 y 386.

<sup>308</sup> LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS en su artículo 11º, reafirma el carácter fundante de la presunción de inocencia, por virtud del cual “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”.

LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ, en su artículo 8º incorporó este principio: “*Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*”

<sup>309</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 29.



autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado

La presunción de inocencia como un principio dentro del Estado Social y Democrático es de aplicación material. No es lo mismo, a la luz del Estado de derecho afirmar la presunción de inocencia con carácter formalista que desarrollar materialmente la presunción de inocencia como principio que trasciende el ámbito eminentemente normativo, para configurarse como núcleo esencial de los derechos fundamentales.

En el ámbito de la Justicia Transicional, el Secretario General de las Naciones Unidas, refiriéndose a la noción de “justicia de transición”, acude al informe de agosto de 2004<sup>310</sup> en el que se indica que la JTr busca resolver los problemas derivados de abusos a gran escala para que los responsables rindan cuentas de sus actos; para la búsqueda de la Justicia y; el logro de la reconciliación, bajo el imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los DH y del DIH.

Los tratados sobre DH y DIH, dice la Corte Constitucional <sup>311</sup>, no reconocen específicamente los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación que fundamentan la JTr, pero sí hacen relación (i) a que debe existir un recurso efectivo; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; y (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de DH.

Tanto del informe de las Naciones Unidas, como de la sentencia de la Corte Constitucional no se evidencia el desconocimiento de la presunción de inocencia, toda vez que la JTr es un proceso judicial que hace parte de un proceso de paz que contempla como beneficio para quien se postule a ella, sea de manera individual o colectiva, una pena alternativa que oscila entre cinco y ocho años de prisión y en consecuencia, el postulado es titular de todos los derechos y garantías constitucionales y legales que se consagran para los procesados.

---

<sup>310</sup> NACIONES UNIDAS. “El Estado de Derecho y la Justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”. Informe de agosto 3 de 2004.

<sup>311</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-370 de 2006.

No obstante, se ha planteado en el proceso de la Ley de Justicia y Paz, que no procede la presunción de inocencia. Con base en este planteamiento surge un interrogante:

*¿Si la presunción de inocencia solamente queda desvirtuada mediante una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, es posible considerar que en el proceso de Justicia y Paz no se de aplicación a este principio?*

*Prima facie*, la presunción de inocencia se rompe en virtud de un fallo condenatorio en firme; sin embargo su aplicación en el marco de la ley de justicia y paz permite hacer algunas reflexiones.

1.- El relacionado con el carácter absoluto de los derechos fundamentales. Si bien la doctrina dominante considera que los derechos fundamentales son relativos y que no hay derechos absolutos, la ley de justicia y paz en la forma como se ha concebido, es una excepción a esta regla y es una excepción porque efectivamente la Corte Suprema de Justicia<sup>312</sup> plantea que la ley de justicia y paz

*“... describe los lineamientos generales de un proceso concebido al interior de una justicia de transición y por lo tanto con diferencias sustanciales con los cometidos del proceso penal ordinario. Que la legislación penal ordinaria tiene unos destinatarios distintos a los de la normatividad que busca la reconciliación y la conquista de la paz, es evidente: mientras que aquella está dirigida a los ciudadanos del común que eventualmente pudieran ser, en el futuro, responsables de una conducta delictiva, la normatividad transicional está dirigida a personas que hacen parte de grupos organizados al margen de la ley, que se dedicaron en el pasado a sembrar el terror y a quienes el Estado busca ahora atraer a la institucionalidad”.*

Indica la Corte que esta ley persigue la consolidación de la paz y ofrece a los desmovilizados sometidos voluntariamente a ella, significativas ventajas punitivas. El desmovilizado somete su poder al del Estado (entregándole sus armas y cesando todo accionar violento), y renunciando a la garantía constitucional contenida en el artículo 33 superior, confiesa voluntariamente sus crímenes, ofrece toda la información suficiente para que se constate su confesión, y espera a cambio de dicha actitud las ventajosas consecuencias punitivas que consagra la ley a cuyo favor se acoge. El justiciable desmovilizado se encuentra sometido, doblegado voluntariamente ante el Estado en busca de la indulgencia ofrecida por la alternatividad penal prevista en la Ley y ciertamente la privación de la libertad es una anticipación de la pena que inexorablemente se impondrá en dicho proceso.

---

<sup>312</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso N° 34606 del 09 de diciembre de 2010.

En el proceso regulado por la Ley 975 de 2005 el desmovilizado al solicitar su inclusión en el trámite para ser beneficiario de una pena alternativa a partir de la confesión de los delitos cometidos durante su accionar armado, *ha renunciado a la presunción de inocencia*.

2.- En relación con el principio de no autoincriminación como derecho fundamental del procesado en un Estado Social y Democrático de derecho, el artículo 33 de la Constitución política de Colombia reza: “*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil*”. La Corte Suprema de Justicia en la misma decisión, estima que para acceder a los beneficios de la ley de justicia y paz es necesario renunciar a la presunción de inocencia, porque también se renuncia al derecho constitucional de no-autoincriminación.

En la primera sesión de versión libre que ofrece el postulado a la ley de justicia y paz se le pregunta por parte del fiscal si renuncia a este derecho constitucional. Si el postulado no llegare a renunciar, no puede continuar con el proceso de justicia y paz, toda vez que esta ley de manera expresa exige la confesión del versionado y la renuncia a estos derechos para acceder a los “beneficios” de la pena alternativa y en consecuencia, si no renuncia a este derecho se entiende como negativa a la confesión y a ingresar a ley, lo que permite concluir que el principio constitucional de la presunción de inocencia no se desvirtúa únicamente con un fallo condenatorio en firme, sino como requisito *sine qua non* para acceder a la Ley de JyP.

En síntesis, la presunción de inocencia en el proceso de JyP no es aplicable, como tampoco lo podrá ser en la Jurisdicción Especial para la Paz, aunque allí se indique que se garantizaran todos los derechos y garantías procesales, porque lo reiteramos una vez más: no es viable el desconocimiento de derechos y garantías en los Estados democráticos de derecho: y menos aún, en el escenario de jurisdicciones especiales o excepcionales que buscan una *paz estable y duradera*.

Si se pierde el principio de la presunción de inocencia, aún en estos escenarios, se instaura en consecuencia, la presunción de culpabilidad y con ella el regreso a sistemas autoritarios e inquisitivos que contravienen los fines del Estado fundados en la dignidad humana, el orden justo y la convivencia pacífica.

#### *La política de expansión en la JTr.*

Las pocas sentencias condenatorias que se han emitido por parte de los Tribunales de Justicia y Paz son parciales, es decir, no cubren la totalidad de los delitos y no se ha podido

avanzar significativamente en las investigaciones debido a múltiples factores, por lo cual se expidió e implementó el modelo de investigación de priorización y se dispuso la necesidad de definir unos patrones de macrocriminalidad de los delitos de Desaparición Forzada, Reclutamiento de Menores, Desplazamiento Forzado, Homicidio en persona protegida por el DIH, Violencia de género, Secuestro, entre otros.

Toda esta política de implementación y desarrollo de la LJP coincide con algunas de las causas de expansión del Derecho penal<sup>313</sup>, como la sensación social de inseguridad y la intromisión de los medios de comunicación apoyando esa sensación; la configuración de una sociedad de sujetos pasivos y la sobrevaloración de la víctima que se refleja en la normatividad vigente; la expansión de la imputación de responsabilidad como característica cultural de la sociedad que se percibe en el proceso de Justicia y Paz, dando lugar a procesos de *amoralización*, como se manifiesta en los procesos; el incremento de los tipos penales en la cualificación de las acusaciones que generan mayor número de delitos de los que realmente se pueden subsumir en la norma.

La causa más implementada de este Derecho penal expansivo es lo que el autor ha denominado la “identificación de la mayoría social con la víctima del delito”, empezando por el legislador y los magistrados que administran justicia y en aras de buscar la *verdad, la justicia, y la reparación* de las víctimas. Este proceso se ha desarrollado con participación de las víctimas, las cuales han tenido que enfrentar en esas audiencias a sus victimarios.

Se plantea una situación de inseguridad, según la cual la sociedad y las víctimas corren peligro si se cumple la pena alternativa, pues todos estos *criminales* saldrán de las cárceles. Según SILVA, el fenómeno de identificación con la víctima conduce a algunos autores a entender la pena como mecanismo de ayuda de superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito, con el argumento en virtud del cual “ya que la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma causado por el delito, tiene al menos en principio, una deuda frente a aquella, consistente en el castigo del autor”<sup>314</sup>. Esta es una de las mayores dificultades que se ha presentado en los procesos de Justicia y Paz, precisamente porque no se acepta, no solo que no se pague esta deuda con el castigo, sino que el castigo no sea el *suficiente*.

---

<sup>313</sup> SILVA, J. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 25 y ss.

<sup>314</sup> SILVA, J. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, op., cit., pp. 55 y 56.

El cumplimiento de esa deuda en Colombia, solo se puede cumplir con la pena de prisión, ni siquiera con la multa, que como afirma el autor, cumple la deseada *función simbólica*. Es así como la pena significa mucho para la víctima

*“no porque satisfaga necesidades de venganza, pues en la mayoría de los casos no lo hace, sino porque la pena manifiesta la solidaridad del grupo social con la víctima. La pena deja fuera al autor y, con ello, reintegra a la víctima”*<sup>315</sup>.

Por esta razón, el concepto de *satisfacer a las víctimas*, como pilar fundamental para la nueva Jurisdicción Especial para la Paz, es equivocado por cuanto en Colombia concretamente, el trabajo de los medios de comunicación<sup>316</sup>, que durante más de cinco décadas han generado odios entre la misma población en torno a la violencia y al conflicto armado, ha generado polos opuestos en los cuales se obliga a todos a tomar partido, bajo las premisas de los buenos y de los malos; creando cada vez más diferencias para justificar la guerra y criminalizar a los actores no estatales, en especial a la subversión, como terroristas y enemigos de la sociedad, a quienes en virtud de la seguridad imaginaria, se hace necesario exterminar.

Como afirma SILVA, en todo caso “resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los medios de comunicación” desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la sociedad y en el mundo como aldea global.

Retomando a GARAPON,

*“los asesinatos de niños se convierten en acontecimientos nacionales para una opinión pública fascinada con la muerte y la transgresión. Su exasperación por los medios acaba por hacer creer al ciudadano no avisado que este tipo de crímenes es frecuente, lo que no es el caso”*<sup>317</sup>.

Los medios entonces son *el instrumento de indignación y de cólera pública, pueden acelerar la invasión de la democracia*, como sucedió por ejemplo, en las últimas elecciones presidenciales en Colombia, que se puso a la opinión pública contra la pared, en cuanto si votaban por un candidato, votaban por la paz y si no lo hacían, votaban por la guerra.

---

<sup>315</sup> SILVA, J. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, op., cit, p. 56.

<sup>316</sup> SILVA, J. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, op., cit, p. 33. “Por otro lado, las personas se hallan ante la dificultad de obtener una autentica información fidedigna en una sociedad - la de la economía del conocimiento - caracterizada por el alud de información”.

<sup>317</sup> GARAPON. *Juez y Democracia*, Ed. Flor del Viento, Barcelona, 1997, p. 94, cit. por Silva, p. 39.

Igualmente, *propagar una sensación de miedo y de victimización*, tal como sucedió en las últimas décadas con el miedo a salir fuera de las ciudades, o a incentivar el turismo, debido a las famosas pescas milagrosas y a la guerra que se vivía en cada Municipio de Colombia, creando la idea, como lo expresa SILVA, de que “el miedo al delito aparece como una metáfora de la inseguridad vital generalizada” (p. 40).

Pero lo más impactante, es el pánico que se generó con la idea de impunidad de la pena alternativa para los crímenes atroces, y de contera, la sobredimensión de la victimización que ha impedido la aplicación de la pena alternativa.

La LJP, y ahora la Jurisdicción Especial para la Paz que será objeto de aprobación, constituye una carga más para el Derecho penal, porque tal como lo plantea SILVA (p. 65), “la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*”.

En el caso de la JTr, como se ha implementado en Colombia, y con las distinciones que se incorporan en la Jurisdicción especial para la paz se impone al Derecho penal, la carga de lograr la verdad, la justicia, la reparación, la garantía de no repetición y adicionalmente la investigación, el juzgamiento y la sanción de los máximos responsables de graves crímenes contra la humanidad y la satisfacción a las víctimas, lo cual es dialécticamente imposible de lograr.

Ni la Justicia ordinaria, ni la JTr de la Ley 975 de 2005; ni la JTr para la Jurisdicción Especial, están en condiciones de asumir esta carga que definitivamente no es del Derecho penal; sino de cambios estructurales en lo político, económico y en lo social. El Derecho penal es el sofisma de distracción y la cortina de humo para mostrar simbólicamente los cambios estructurales no se van a dar. Pero aparentemente con todos estos fines que nominalmente tiene, busca crear en el imaginario de que si es posible y que el Derecho penal si los cumple.

El ejemplo de esto, es precisamente los procesos en JyP que nos han mostrado en el día a día que los derechos y garantías procesales contenidos en la Carta Marga del delincuente de VON LIZST, prácticamente han desaparecido, en aras de una aparente verdad, de una aparente justicia y de una garantía de no repetición que no se puede garantizar.

SILVA plantea que el problema no es tanto la expansión del Derecho penal, sino la expansión del Derecho penal de la pena privativa de la libertad. Considera que se puede admitir un modelo

de Derecho penal de menor intensidad en garantías, siempre y cuando las sanciones previstas para los delitos no sean de prisión.

Plantea que hay tres modelos de política criminal: el *primero*, que los delitos que integran el Derecho penal con las máximas garantías y rigurosas reglas de imputación con penas proporcionadas; el *segundo* es la flexibilización de garantías y derechos con penas no privativas de la libertad; el *tercero*, la existencia de un Derecho penal de privación de libertad con garantías y reglas de imputación flexibles.

Consideramos que la LJP en la forma como se está desarrollando, no solamente se acomoda a esta vía, sino que conjuntamente con un Derecho penal de delación/traición/arrepentimiento, constituyen sus características más importantes

Por supuesto, no comparto esta teorías, ya que si bien es cierto es una Jurisdicción excepcional que juzga y condena graves crímenes contra la humanidad, lo cierto, es que frente a los derechos alcanzados hasta momento de la historia por la humanidad, no se pueden perder, y menos por jurisdicciones especiales o ad hoc.

Según RODRIGUEZ,

*“la presunción de culpabilidad –que ha contado con una variada gama de defensores y sobre todo prácticamente– significa que independientemente a que el dolo aparezca en la sentencia judicial (dolus in re ipsa), el funcionario considera que el procesado es responsables con la sola aparición de una imputación”*<sup>318</sup>.

Afirma que al negarse al procesado la presunción de inocencia, se le obliga a presentar pruebas para demostrarla.

Esta es la premisa procesal que se enraizó en el proceso de JyP y el proceso que se avecina de la Jurisdicción Especial para la Paz. Retroceder a épocas que se consideraban superadas, es una realidad palpable en este proceso, *todo en aras de la ‘paz’*. La paz no se construye con la violación y desconocimiento de los derechos y garantías que han sido un logro de la humanidad a través de la historia.

---

<sup>318</sup> RODRIGUEZ, O. *La presunción de inocencia. Principios universales*, Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 2001, p. 97.

### 1.7. ¿Contradicción dialéctica de la pena alternativa y el principio de proporcionalidad de la justicia retributiva?

El problema que se presenta por incorporar la categoría de la pena alternativa en el ordenamiento jurídico que ordena la JTr, radica esencialmente en un problema subjetivo y valorativo –no jurídico– respecto al *quantum* de la pena.

Decimos *prima facie* que no es jurídico porque la LJTr, dentro del marco normativo, estableció la pena alternativa por un periodo máximo de ocho años de prisión para crímenes cometidos a gran escala; y es precisamente sobre este aspecto, que se suscitan las mayores dificultades en su aplicación, no porque la norma no lo permita, sino porque epistemológica y valorativamente no son aceptados los conceptos y valores diferentes a los tradicionales del Derecho penal.

Desde CARRARA,

*“la retribución del bien y del mal, en tanto que permanecen en la mano de Dios, tienen en la justicia su único fundamento y su única media. Absoluta en lo absoluto, infalible en lo infalible, la justicia, en ese estado, somete al hombre tanto en sus relaciones con Dios y consigo mismo, como en sus relaciones con las otras criaturas y considera que la justicia procede siempre como principio único. Dios no castiga al ladrón y al homicida para defender al hombre, sino porque el homicidio y el hurto son un mal; y la justicia ordena que quien haga un mal sufra un mal”*<sup>319</sup>.

ha sido una constante en el desarrollo e implementación del Derecho penal y más recientemente, en el Derecho penal internacional.

BECCARIA desarrolló el concepto de *proporcionalidad* al considerar que la “única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad”<sup>320</sup>, y en este sentido afirma que debe haber una proporción entre los delitos y las penas. Así lo dispone nuestro ordenamiento penal cuando consagra la *retribución justa*<sup>321</sup> como uno de los fines de la pena y en cuanto las penas sean proporcionadas a los delitos.

---

<sup>319</sup>CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte general*, Vol. I. Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 17.

<sup>320</sup>BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Cap. VII, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 21.

<sup>321</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C. P. Col.), art. 4°.



Se trata de un aspecto muy importante que es el tema del castigo<sup>322</sup>, la medida del castigo, su legitimidad<sup>323</sup> y el castigo *no proporcional* como forma de impunidad, producto de las concepciones retributivas de la pena y de sus fines.

Si como dice CARRARA, el concepto de “la justicia ordena que quien haga un mal sufra un mal”<sup>324</sup>, y BECCARIA fundamenta la pena en la violación del pacto social<sup>325</sup>, en ese orden de ideas es la pena por excelencia, entonces, el concepto de la búsqueda de la justicia, *prima facie*, está dado por el castigo del reo *según el daño hecho a la sociedad*, lo que nos lleva nuevamente al problema de la JTr sobre el carácter axiológico de la pena alternativa, y en consecuencia, al escenario valorativo de la pena retributiva, que obliga a incursionar necesariamente en el ámbito del derecho y la moral.

Si moralmente se considera que una persona que ha infringido o causado pena o sufrimiento a otra, necesariamente *debe recibir un castigo ejemplar*; ¿Será que el Derecho debe obedecer a estos criterios?

Consideramos que el suplicio como forma de ejecución de la pena<sup>326</sup> se mantiene aún hoy, bajo otras modalidades y la sociedad no tiene la capacidad de diferenciarla. Lo que se evidencia

---

<sup>322</sup> RUSCHE, G. / KIRCHHEIMER, O. *Pena y Estructura social*, Ed. Temis, trad. de E. García Méndez, Bogotá, 1984, p 119. La demanda mas importante de la burguesía en relación con el derecho penal, la formulación precisa de conductas típicas, es cumplida por el programa del idealismo que se basa, por una parte, en la observancia a cualquier precio del principio de legalidad, y por la otra, en el más estricto retribucionismo.

<sup>323</sup> ZAFARONNI, E. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal*. Ed. Temis, Bogotá, 2000, pp. 7 y 12. “la legalidad no proporciona legitimidad por quedar pendiente de un vacío que sólo la ficción puede llenar; que el principal y más importante ejercicio del poder del sistema penal se realiza dentro de un marco de arbitrariedad concedido por la misma ley”. “La ley concede, de este modo, enormes ámbitos de ejercicio arbitrario de poder de secuestro y marcación, de inspección, control, allanamiento irregular, etc., que se ejerce cotidiana y ampliamente, a margen de cualquier “legalidad” punitiva contemplada en el discurso jurídico penal”

<sup>324</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte general*, Vol. I. Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 17. “El precepto, la prohibición y la retribución del bien y del mal, en tanto que permanecen en la mano de Dios, tienen en la justicia su único fundamento y su única media. Absoluta en lo absoluto, infalible en lo infalible, la justicia, en ese estado, somete al hombre tanto en sus relaciones con Dios y consigo mismo, como en sus relaciones con las otras criaturas. Aquí la justicia procede siempre como principio único. Dios no castiga al ladrón y al homicida para defender al hombre, sino porque el homicidio y el hurto son un mal; y la justicia ordena que quien haga un mal sufra un mal”.

<sup>325</sup> BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 11. “y por justicia entiendo yo solo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares sin el cual se reducirían al antiguo estadio de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por naturaleza”.

<sup>326</sup> FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Ed. Siglo XXI editores, Ciudad de México, pp.. 39 ss. El suplicio, como forma de ejecución de la pena, estaba enmarcado, dentro de un verdadero poder

es que la mayor preocupación que existe en la sociedad cuando no se impone la pena en su *justa medida* es que esto constituye un tributo a la impunidad.

El criterio moral de la pena y el supra poder del *ius puniendi*, no permiten que el responsable de un delito se vaya a quedar sin pagar la condena en su justa medida<sup>327</sup>, o mejor aún, se deje sin que se le pueda infligir el dolor necesario con respecto a la envergadura del daño causado. Adicionalmente, el poder punitivo del Estado ha utilizado esta fórmula como el mejor y más eficaz medio de ejercicio del poder y lo que desemboca en que debe mostrar que se cumpla la pena ejemplar.

La dificultad que se presenta es cuando es el Estado el que desconoce estas fórmulas diseñadas por él mismo para el ejercicio de *ius puniendi*; con mayor razón en un ordenamiento jurídico penal como el colombiano, que cada día consolida un Derecho penal máximo en virtud del cual se agravan las conductas ya existentes, se niega la libertad, se suspenden beneficios, se crean nuevas conductas y se restringen los derechos fundamentales.

---

inquisitivo, políticamente representado por una monarquía absoluta, en donde el poder residía esencialmente, en el soberano para luego trata de “suavizar” el castigo según la teoría de los reformistas, esto es que ya no es el poder del soberano el que prevalece, sino el de la sociedad en general. “¿Que es un suplicio? “pena corporal dolorosa, mas o menor atroz” decía Jaucourt, que agregaba: Es un fenómeno inexplicable lo amplio de la imaginación de los hombres en cuestión de barbarie y de crueldad”.

<sup>327</sup>KAFKA, F. *El Proceso*, Ed. Edimat libros, Madrid, 1999, pp 111-153. Considera que la Justicia es una trampa y la culpabilidad es ineludible, no admite duda, se presume siempre la culpabilidad y el proceso no es otra cosa que el cumplimiento de las formalidades con el fin específico de legitimar la culpabilidad; no admite pruebas. La inocencia no es garantía de tener una esperanza. El tribunal es innecesario, un verdugo le sustituiría mejor. El peor signo de culpabilidad – continua el autor – es alegar inocencia. En consecuencia, para KAFKA la pena es un castigo producto de la culpa. El proceso en sí mismo es una pena anticipada que produce la culpa. No hay inocentes. Lo único que no está en duda dentro del proceso es la culpabilidad. Concluye diciendo que la Justicia es la Diosa de la caza, porque el sistema penal es una trampa. “La justicia tiene que ser inmóvil para que no oscile la balanza, de otra manera la sentencia no puede ser justa”., p.137

Estoy de acuerdo en afirmar que el Derecho penal<sup>328</sup> es eminentemente valorativo; defiende unos valores en un momento histórico determinado que luego se pueden trasvalorar<sup>329</sup>. Estos, en la actualidad, son el resultado de unos valores aprehendidos con anterioridad, que se van interiorizando, que se dan por las relaciones de dominación, de poder y de sometimiento

Son relaciones sociales en las que hay dominantes y dominados y existen en la tradición de quienes tienen el poder y de quienes están sometidos. Los que detentan el poder hacen reconocer a los sometidos su superioridad, en virtud de las creencias y la tradición, determinando que lo que hacen las personas con poder es *lo bueno* mientras que lo que hacen las que están sometidas es *lo malo*.

Las penas son impuestas, entonces, como un acto de poder eminentemente político; como un acto de dominación. Si se impone como pena es porque el individuo se lo ha ‘ganado’, ‘se lo merece’, y al trasvalorar el contenido mismo de la justicia por merecimiento y trasladarla a la justicia por verdad, reparación y disminución de pena, genera una frustración respecto de los valores aprehendidos, como aconteció con la disminución de la pena en la JTr.

MIR PUIG, en torno a las teorías absolutas de la justicia retributiva, dice que “*se conciben como la necesidad de asignarle la función de la retribución exigida por la justicia*<sup>330</sup> y responde a la arraigada convicción que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido”. Afirma que esto se ha fundado en tesis religiosas, éticas y jurídicas.

---

<sup>328</sup>NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994, p.72 “Durante el más largo tiempo de la historia humana se impusieron penas, no porque al malhechor se le hiciese responsable de su acción, es decir, no bajo el presupuesto de que al malhechor se le deben imponer penas; - sino más bien como los padres castigan a sus hijos, por cólera de un perjuicio sufrido, la cual se desfoga sobre el causante – pero esa cólera es mantenida dentro de unos límites y modificada por la idea de que todo perjuicio tiene en alguna parte su equivalente y puede ser realmente compensado aunque sea con dolor del causante del perjuicio. ¿De dónde ha sacado su fuerza esta idea antiquísima, profundamente arraigada, y tal vez, ya imposible de extirpar, la idea de una equivalencia entre perjuicio y dolor? Yo ya lo he adivinado: de la relación contractual entre acreedor y deudor, que es tan antigua como la existencia de sujetos de derechos y que por su parte, remite a las formas básicas de compra, venta, cambio, comercio y tráfico.”

<sup>329</sup>NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 11. La transvaloración consiste en que ahora se llama malvado al que antes era el bueno, ahora se llama malvado al poderoso, al violento al lleno de vida. En cambio, se llama bueno al que antes era malo, esto es, al hombre bajo, simple, indigente, enfermo.

<sup>330</sup>MIR PUIG. *Teoría del Derecho penal*. Ed. IBdeF, 7ª ed, Buenos Aires, 2005, pp 87-89

La primera corresponde a la *concepción cristiana del castigo* como un merecimiento por un mal causado; la segunda, desarrollada por KANT, configura la pena como un “imperativo categórico”, esto es, la exigencia incondicionada de justicia libre de toda consideración utilitaria, como podría ser la protección a la sociedad; y la tercera, la concepción jurídica del retribucionismo, planteada por HEGEL, que justifica la pena como la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico que resulta negada por la voluntad especial del delincuente.

Como se ha analizado, es en la aplicación de la LJP en donde se permearon los derechos fundamentales, en torno a la falta de proporcionalidad de la pena alternativa; valores que no solo no se han interiorizado, sino que no son aceptados en el ordenamiento penal, a pesar de que previamente a la expedición de la LJP, la impunidad por no investigación o por preclusiones o absoluciones, nunca se cuestionó.

La Ley 975 de 2005 consagró la pena alternativa para crímenes graves cometidos a gran escala, a cambio de otros valores que consideró importantes, como la verdad, la reparación y la garantía de no repetición. Lo cierto es que los criterios de aplicación en los procesos que se adelantan contra los postulados, nada tienen que ver con esos nuevos paradigmas de justicia, porque ni la pena alternativa se ha cumplido, ni tampoco las posibilidades de libertad se perfilan en un futuro próximo, debido a la frustración de no imponerse la pena proporcional.

Los criterios con los que se adelanta el proceso penal de JyP van en contravía de la cristalización de la pena alternativa y buscan, como lo hemos dicho, subsanar este *verro punitivo* con el desconocimiento y vulneración de los demás derechos y garantías procesales, por lo que en su aplicación y el esfuerzo por negar la libertad, se han hecho interpretaciones restrictivas y se ha impulsado una política retribucionista diferentes a la pena, tales como la implementación de la legalidad flexible, el desconocimiento del *non bis in idem*, la renuncia a la prescripción, los procesos simultáneos, el menosprecio por la presunción de inocencia y el derecho a la defensa.

Además de los aspectos de carácter valorativo ya mencionados, esta situación se ha presentado por la connotación política de la JTr en el sentido de imponer sanciones mediante está a una sola de las partes del conflicto, como son los insurgentes y los paramilitares pero no a los agentes de la fuerza pública, a los parapolíticos y a muchos integrantes de los grupos económicos.

El autor Iñaki RIVERA<sup>331</sup> afirma que por lo que se refiere a la *concepción en torno a la pena*, fue siempre entendida como un mal y no como un medio de tutela jurídica. BARATTA por su parte, considera que la historia de las penas precede a la de los delitos “*y sigue desarrollándose en buena parte independientemente de ésta*”.

En efecto, la intervención del derecho, en la historia relativa al poder de castigar representa una importante transformación cualitativa: aquella que concierne a la idea de legitimación del poder “*y se corresponde con un fenómeno más general en el desarrollo del Estado liberal moderno: el nacimiento de una nueva forma de legitimación del poder, esto es, la legitimación a través de la legalidad*”<sup>332</sup>

“*Diversos tipos de cuestionamientos se han vertido a las teorías absolutas de la pena. ROXIN (1989a), por ejemplo, indica el carácter ficticio de la creencia en que la supresión del mal causado por el delito se logra mediante la aplicación de una pena pues, lo que acaba sucediendo, es que el mal de la pena se suma al mal del delito. Así mismo, se objeta la pretendida equivalencia entre el mal causado y la pena que, aunque aquélla fuese posible, un mínimo sentido de humanidad no permitiría hoy una aplicación semejante*”<sup>333</sup>.

Pero además de ello, el citado autor alemán señala que una estricta concepción retributiva de la pena puede llevar al rechazable supuesto de que “*la pena resulta exigible también cuando en el caso concreto no es en absoluto necesaria para garantizarla paz social y cuando, incluso, su imposición puede acarrear efectos socialmente dañosos*” (p. 25). Y agrega finalmente, que “*la teoría de la retribución no proporciona a la ejecución penitenciaria criterio alguno que sea de utilidad para hacer posible al autor una vida futura en libertad alejado del delito*”<sup>334</sup>

MIR PUIG critica también estas teorías al señalar que no es propia del Estado Moderno la aspiración por la realización de la justicia absoluta sobre la tierra; semejante tarea, añade este autor, no se corresponde con un Estado que, como el actual, mantiene una clara distinción entre Moral, Religión y Derecho y, recordando a ROXIN (1976), señala que las sentencias ya no se pronuncian en nombre de Dios sino en el del pueblo (p. 54).

---

<sup>331</sup> RIVERA BEIRAS. *Política Criminal y Sistema Penal*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 46 a 51.

<sup>332</sup> INSTITUTO DE DERECHO Y FILOSOFÍA SOCIAL, UNIVERSIDAD DE SAARLANDES, ALEMANIA Dir. *Delito y seguridad de los habitantes*. BARATTA, A. *Política Criminal. Entre la política de seguridad y la política social*. 1998, México D.F.: Siglo XXI, p. 79.

<sup>333</sup> RIVERA BEIRAS, I. *Política Criminal y Sistema Penal*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, p. 51.

<sup>334</sup> RIVERA BEIRAS, I. *Política Criminal y Sistema Penal*, op.cit., p. 25

Por su parte, FERRAJOLI<sup>335</sup>, a propósito de analizar los trabajos de KANT y HEGEL, indica que pese a su autoridad, ambas concepciones son insostenibles pues parten de la errónea creencia de la existencia de un nexo necesario entre culpa y punición. FERRAJOLI señala, así mismo, que muchas veces se cae en la confusión de hablar de una misma forma sobre dos problemas completamente distintos: los de la «razón legal» y los de la «razón judicial» de la pena. O, formulado de otra manera, uno puede preguntarse: «¿Por qué punir?» (Lo cual lleva a un problema de *legitimación extrema* de la pena), o puede preguntarse: «¿Cuándo punir?» (Problema de la *legitimación interna*)<sup>336</sup>.

BUSTOS RAMÍREZ<sup>337</sup> afirma que las teorías absolutas han buscado legitimar las penas sobre la base de la justicia, entendida esta como que el mal de delito se paga con el mal de la pena, fundamentando su aplicación en la libertad e igualdad de todos los hombres. Su fin es interno y se agota en su propio sistema, es decir, en la validez del derecho. Pero su fundamentación es falsa, ya que la igualdad y libertad de todos los hombres es una mera metáfora que no tiene base alguna en la realidad y en consecuencia, queda en el vacío el planteamiento legitimador de la justicia que se convierte en una mera etiqueta dispuesta desde el poder.

En relación al concepto de justicia retributiva, vemos cómo, a pesar del alcance de los tratadistas modernos, que consideran que no se debe dar aplicación a estas teorías absolutas, si echamos una mirada a los actuales códigos penales, vemos que la parte especial que consagra las penas a imponer, frente a los comportamientos delictivos que se describe en los tipos penales, representan la máxima expresión de la justicia retributiva contenida en el principio de proporcionalidad.

Si bien se mantiene la cultura jurídica de la retribución justa, la forma como se concibió la JTr en Colombia se compadece más con los fundamentos de la justicia restaurativa en la medida

*“que el Derecho penal se acerque mucho más a lo que la ciudadanía espera de él, y que en lugar de ser exclusivamente sancionador, punitivo, empiece a generar la capacidad de proponer diferentes alternativas para regular los conflictos que se han incorporado al Derecho penal”*<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup>FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 224 y ss.

<sup>336</sup>FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, op., cit, pp. 254 y ss.

<sup>337</sup>BUSTOS RAMÍREZ, et. al. *Prevención y Teoría de la pena*, Ed. Editorial Jurídica, Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1995, p. 21.

<sup>338</sup>ROMERO PROAÑO. Informe de investigación “*La Mediación como Instrumento Alternativo De Terminación del Litigio Penal*”, Junio de 2012. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, p. 15. Disponible en: <http://dspace.pucesi.edu.ec/bitstream/11010/284/2/T72720.pdf>

La justicia restaurativa busca además crear mecanismos más participativos, proponiendo valorar el resultado de que la víctima y su agresor se sienten a hablar.

Los principios que sustentan la LJP en cuanto a buscar para las víctimas la verdad, la justicia y la reparación, con el fin de lograr el restablecimiento de sus derechos, condenar a los responsables y reparar los daños, a cambio de la disminución punitiva para los postulados obligados a confesar, se compadece más con los lineamientos de la Justicia restaurativa, que con una verdadera transición a la consecución de la paz.

Es claro que los estándares internacionales definen que el Estado Parte debe utilizar los mecanismos judiciales internos para administrar justicia en tratándose de violaciones a los DH y que para acudir ante la Jurisdicción internacional es necesario agotar las vías judiciales nacionales implementadas por el Estado (agotamiento de los recursos internos) o cuando se le vulneren los derechos fundamentales y el Estado no les brinde la protección que merecen.

Esto significa que

*“Este deber está relacionado con la obligación del Estado de juzgar a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos o del Derecho Internacional Humanitario, por medio de procesos penales con pleno respeto de las garantías judiciales consagradas en los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad (debido proceso). Estos juicios deben conducir a la satisfacción del derecho de las víctimas a saber con la mayor certeza posible quienes fueron los perpetradores y cómo ocurrieron los hechos”<sup>339</sup>.*

Es decir que, aunque los postulados a la LJP sean juzgados por actos atroces, se les deben respetar sus derechos fundamentales y procesales, no solo en procesos que atenten contra los DH, sino en todo acto procesal que se lleve a cabo teniendo en cuenta que los DH deben ser aplicados a todos los seres humanos incluyendo las garantías procesales.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, surge la incógnita de por qué los jueces no realizan la debida interpretación y aplicación que merece el Bloque de Constitucionalidad en cuanto a DH en la aplicación de la JTr. Todo parece indicar se hubiesen olvidado los diferentes pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional Colombiana, la Constitución Política y los diferentes convenios y tratados firmados y ratificados por el Estado Colombiano, los cuales han reiterado en diferentes ocasiones que

---

<sup>339</sup> BOTERO C. / RESTREPO E. *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*. En: Rettberg A. (ed) *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y dilemas de la Justicia Transicional*. Ed. Ediciones Uniandes, Bogotá, 2005.

*“El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las Leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución”<sup>340</sup>.*

Los postulados en el ámbito de la LJP deben ser condenados con base en esta jurisdicción y garantizar sus derechos, toda vez que la LJP fue reconocida por los organismos internacionales, como una forma de resolución del conflicto armado pero dentro del ámbito eminentemente judicial, lo que no significa que por el hecho de ser beneficiarios de la pena alternativa que oscila entre 5 y 8 años se les debe desconocer los derechos y garantías procesales; por el contrario, se debe dar aplicación a los estándares internacionales establecidos por la CoIDH en lo referente a principio de legalidad, *non bis in ídem*, prescripción, entre otros.

Los propósitos de las Naciones Unidas<sup>341</sup> evidencian la importancia que tiene el principio de legalidad, la prescripción de las penas y el *non bis in ídem*, toda vez que constituyen garantías judiciales en el contexto de los tratados y convenios firmados y ratificados por el Estado Colombiano.

VALENCIA considera que el desafío de la JTr

*“consiste en encontrar un equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas de la justicia y de la paz, entre el deber de castigar el crimen impune y honrar a sus víctimas, y el deber de reconciliar a los antiguos adversarios políticos”<sup>342</sup>.*

Para hacerlo es necesario acudir al juicio de proporcionalidad, según el cual la restricción del derecho de las víctimas a la justicia solo se justifica si constituye el medio necesario para la reconciliación o la paz.

---

<sup>340</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-225 de 1995 MP: Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en Sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>341</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. expediente D-3231 del treinta (30) de mayo del año dos mil uno (2001), expreso que: Los propósitos de las Naciones Unidas son: “1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; “ (...)” “3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los DH y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión;

<sup>342</sup> VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional*. Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana Julio Cortázar, Universidad de Guadalajara. México, 26 de octubre de 2007.



Se pregunta, además, ¿Qué debe hacer una sociedad frente al legado de graves violaciones de los DH, cuando sale de una guerra civil o de una dictadura? ¿Debe castigar a los responsables? ¿Debe olvidar tales abusos para favorecer la reconciliación?, y afirma que eso depende de las condiciones de cada país:

*“el desafío fundamental a que se enfrenta hoy la justicia transicional consiste en encontrar un equilibrio razonable entre las exigencias contrapuestas de la justicia y de la paz, entre el deber de castigar el crimen impune y honrar a sus víctimas, y el deber de reconciliar a los antiguos adversarios políticos. Uno de los criterios básicos para alcanzar ese equilibrio entre paz y justicia, entre orden y DH, entre el partido de Creonte y el partido de Antígona, es el llamado “juicio de proporcionalidad”, según el cual la restricción de un derecho fundamental (como el derecho de las víctimas a la justicia) sólo es legítima si constituye el medio necesario y suficiente para conseguir un propósito democrático prioritario (como la reconciliación o la paz), siempre que no estén disponibles otros medios menos lesivos de los DH y que el resultado final del proceso justifique con creces la restricción del derecho”.*

Por su parte, la Corte Constitucional, en su sentencia C-370 del 2006 señaló que

*“la anterior declaración –se refiere a la dada por el Secretario General de las Naciones Unidas en su informe anual correspondiente al año 2004<sup>343</sup>– pone de manifiesto la admisión de una nueva noción de Justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de Justicia que opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático [...] Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”.*

Se genera necesariamente una tensión entre dos aspectos, ambos trascendentales que es necesario dilucidar: por una parte la necesidad de un acuerdo de paz que permita la terminación

---

<sup>343</sup> Declaración que sostuvo, “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”. Tales mecanismos, agregó, “pueden ser judiciales o extrajudiciales, y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos”.

definitiva del conflicto armado mediante la negociación con los actores del conflicto armado y por la otra parte tensión entre los crímenes cometidos y la justicia para las víctimas en la medida en que los crímenes cometidos no queden en la impunidad, esto es, la imposición de una pena justa, ejemplar y proporcional.

Estas tensiones se han generado básicamente porque el concepto de justicia que se delimitó en la LJTr y que está también contenida en los tratados internacionales obedece a los fundamentos mismos de la justicia ordinaria

La jurisprudencia interamericana relativa al derecho a la justicia, a la investigación y conocimiento de la verdad, a la reparación de las víctimas y a la no repetición ha considerado que:

Entre los asuntos que han sido precisados través de estas decisiones, sin perjuicio de las decisiones que sean adoptadas por un Estado para alcanzar la paz dentro del respeto a los parámetros constitucionales e internacionales, se encuentran (i) el de la obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los DH, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas; (ii) el de la incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos; (iii) el del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de DH y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales; (iv) el de la no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los DH, mientras se adelantan procesos de paz; (v) el de los aspectos comprendidos en el deber de reparación de los graves atentados contra los DH; (vi) el de los aspectos involucrados en el derechos de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad, etc.<sup>344</sup>.

Sentencia de la CoIDH del 14 de marzo de 2001

*“Las Leyes de auto amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención*

---

<sup>344</sup>CÓRDOBA, CAVIEDES. *Fracasada la opción de la guerra se impone la necesidad de la paz*. Seminario Virtual Caja de Herramientas. Ed. N° 00318. Semana del 31 de Agosto al 6 de Septiembre de 2012, párr. 4.4.1. Disponible en: <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0318/articulo03.html>.

*Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a DH, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente*”<sup>345</sup>.

La Corte ha considerado que la impunidad hace referencia a

*“la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de DH y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*”<sup>346</sup>.

Las diferentes posturas de la Corte van dirigidas a la realización concreta del derecho de acceso a la administración de justicia, que implica que el Estado asuma a plenitud el deber de investigar los hechos constitutivos de violaciones graves a los DH o al DIH, y que, como consecuencia de tales investigaciones, se someta a juzgamiento a los presuntos responsables para imponer, si es del caso, las sanciones correspondientes conforme a la ley.

Parte esencial del derecho a la justicia necesariamente ha de ser la garantía a las víctimas para acceder desde su inicio al expediente respectivo, con la posibilidad de formular peticiones, interponer recursos, solicitar pruebas, y en general, realizar todos los actos procesales indispensables para que la verdad real se refleje en el proceso, de tal manera que éste último

---

<sup>345</sup> Adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas, el 17 de junio de 1998; aprobado mediante la Ley 742 de 2002; revisada mediante la Sentencia C-578 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>346</sup> Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), supra nota 99, párr. 173; cfr. Caso Maritza Urrutia, supra nota 5, párr. 126; Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párrs. 156 y 210; Caso Bulacio, supra nota 6, párr. 120; Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 15, párrs. 143 y 185; Caso Las Palmeras. Reparaciones, supra nota 17, párr. 53.a); Caso del Caracazo. Reparaciones, supra nota 17, párrs. 116 y 117; Caso Trujillo Oroza. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párr. 101; Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 64; Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 56; Caso Cantoral Benavides. Reparaciones, supra nota 108, párr. 69; Caso Cesti Hurtado. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C No. 78, párr. 63; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 100; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C No. 76, párr. 201; Caso Ivcher Bronstein, supra nota 19, párr. 186; Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 68, párr. 123; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 68, párr. 211; Caso Blake. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 64; Caso Castillo Páez. Reparaciones, supra nota 101, párr. 107; y Caso Loayza Tamayo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 170.

corresponda a la realidad de los hechos y las circunstancias de tiempo, de modo y de lugar en que se sucedieron.

La justicia como supremo fin del Derecho exige que el Estado encamine como tal toda su actividad en el propósito de obtenerla especialmente cuando se trate de violación de los DH y del DIH, máxime si se tiene en cuenta que la legitimación del Estado se hace ostensible y clara por su grado de compromiso con la defensa de los valores superiores de la humanidad. En esa dirección, la impunidad resulta como la negación de la justicia y siendo ello así la sociedad y la comunidad internacional podrían reprochar a cualquier Estado la omisión de actividad de sus agentes que conduzca a la negación del derecho a la justicia, que no es sólo individual sino colectivo como ya se dijo.

Consideramos que Colombia ha estado en una guerra permanente que ha dejado millones de víctimas, tanto las que se han generado por virtud de las fuerzas militares y paramilitares, como las que se han generado por virtud de la subversión.

Estos actores han hecho la guerra atendiendo a intereses de determinados grupos, sean económicos y políticos o simplemente campesinos o población vulnerable que por virtud de la violencia se han visto en la obligación de entrar a hacer parte del conflicto de manera directa.

Si bien es cierto que en otros países se han presentado los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, los crímenes de guerra mediante la comisión de actos atroces, sean estos en virtud de la guerra o no; Colombia no creó un Tribunal *ad hoc* para buscar a los máximos responsables del conflicto para imponerles penas ejemplarizantes, sino para que las víctimas y la sociedad tuvieran la posibilidad de conocer la memoria histórica del conflicto, conocer la verdad de lo ocurrido en miles de casos concretos, y la posibilidad de que las víctimas, no solo conocieran a sus agresores, sino que pudieran hablar con ellos y buscar la posibilidad de conocer el paradero de sus familiares, a pesar de que su verdadero objetivo es la utilización de la información para dismantelar los grupos.

La pena alternativa en la forma como se ha desarrollado el proceso de JTr, con todos los problemas que este ha implicado, ha logrado ilustrar miles de casos, ha logrado que los postulados realicen manifestaciones de arrepentimiento y perdón. Frente a cualquier pronóstico y a pesar de los fines de sometimiento y del incumplimiento por parte del Estado, ha permitido la disminución de la violencia y ha evitado la muerte de muchos colombianos más.

Nuestra postura es que los derechos de las víctimas en la forma como están desarrollados en la LJP para buscar la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, no son incompatibles con los derechos y garantías penales y sustanciales de los postulados, y no es

necesario recurrir a su desconocimiento para garantizar a las víctimas el acceso a la justicia, como lo está haciendo la magistratura al negar los derechos, interpretarlos restrictivamente, y si aún esto no sirve, crear nuevas sub-reglas para evitar el cumplimiento real y efectivo de la pena alternativa.

Por el contrario, no hay nada más legítimo que la verdad, cuando en el proceso de construcción de la memoria histórica se encuentran ausentes las torturas, los chantajes, las amenazas y se garantizan plenamente los derechos procesales y sustanciales; especialmente de los que cometieron graves crímenes y hoy los están versionando. Este es realmente el camino hacia la construcción de una paz duradera. No hay otro.

Tenemos la plena seguridad de que si no se hubiese expedido la LJP, no hubiéramos podido ni siquiera saber de la existencia de la gran cantidad de delitos que se han versionado en el proceso, porque realmente todavía no hemos comprendido la verdadera dimensión de lo que significa. La historia se encargará de hacerlo.

## 2. Crímenes que comportan graves violaciones contra el DIH y el DIDH en la LJP

*“... la Guerra es la continuación de la política por otros medios”. Al respecto dice Lenin: “Todas las guerras son inseparables del régimen político que las engendra”*

CLAUSEWITZ<sup>347</sup>

### 2.1. Consideraciones previas

La LJP hace parte de la política para continuar la guerra porque con ella no se busca asegurar la convivencia pacífica, sino que es un paleativo a la guerra<sup>348</sup> que vive Colombia.

Esta ley pretendió regular el conflicto armado mediante la judicialización de los actores pertenecientes a los grupos armados al margen de la ley, a saber: los grupos paramilitares en cabeza de las autodefensas unidas de Colombia, y de manera residual, los desmovilizados de los grupos guerrilleros de forma individual.

Hemos afirmado que la LJP, en la forma como está configurada, comporta más, una política de delación y arrepentimiento que una política para facilitar los procesos de paz, y esto impide establecer con claridad cuáles son verdaderamente los crímenes que deben ser objeto de Juzgamiento en esta Jurisdicción y especialmente una limitación a la verdad histórica.

La política de delación y arrepentimiento se desarrolla constantemente en la Justicia ordinaria y es usual encontrar crímenes de mucha gravedad en los cuales los autores han sido ‘perdonados’ en virtud de la denominada ‘colaboración eficaz –principio de oportunidad, preacuerdos, aceptación de cargos– y la pena alternativa que oscila entre 5 y 8 años de prisión podría considerarse en la Jurisdicción ordinaria como un mecanismo más de esta política.

Sin embargo y en aras de ‘facilitar los procesos de paz’, se utilizó la llamada JTr para investigar, procesar y sancionar a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que hubiesen cometido hechos delictivos “durante y con ocasión de su pertenencia al grupo”.

---

<sup>347</sup> CLAUSEWITZ, K. *De la guerra*, Tomo I., Ed. Diógenes, S.A., Ciudad de México, 1972, 2ª ed. 1977. Nota introductoria.

<sup>348</sup> Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México D. F., 1934. 10ª Ed., 1998, p. 324. “Por guerra ha de entenderse la acción llevada a cabo con poder armado que un Estado dirige contra otro, sin tomar en consideración si se reacciona en contra suya con acción similar, es decir, con una guerra contraria”.

Si los crímenes cometidos se juzgaran por la justicia ordinaria, se juzgarían como crímenes ordinarios y no crímenes cometidos en virtud del conflicto armado. Si los crímenes que se juzgan son de carácter ordinario no se podrían juzgar como crímenes contra el DIH y en ese contexto ingresarían todos los actos de guerra como actos criminales cometidos como crímenes ordinarios, tal como están siendo juzgados los postulados a la LJP en la actualidad.

Los crímenes que comporta la JTr en virtud de que dichos actos se cometieron en virtud del conflicto armado, comportan una connotación bien distinta, es decir, que los actos hostiles o de guerra como tal, no podrían ser judicializados a la luz de la Convención de Ginebra y sus protocolos, porque estos comportarían un ámbito de legitimidad, lo que no sucede si se juzgan por la Justicia ordinaria, caso en el cual, los actos propios de la guerra se juzgarían como delitos comunes.

Solamente aquellos actos que utilicen medios no permitidos para la guerra y ataques sistematizados y generalizados contra personas y bienes protegidos por el DIH, podrían ser objeto de investigación, juzgamiento y condena por crímenes contra el DIH, siempre y cuando cumplan los estándares establecidos para ello.

El problema es que a aún, a partir de esta disyuntiva, se está juzgando y condenando a los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley – autodefensas y subversión –, como responsables de delitos contra el DIH que consagró la legislación colombiana a partir del 24 de julio de 2000, pero que entro a regir un año después.

Como se planteo en la parte introductoria, es necesario buscar respuestas a varios interrogantes:

¿Es plausible que los actos de guerra, en virtud del conflicto armado interno, puedan ser sancionados por el Derecho penal?

¿Cuál es el ámbito de juzgamiento de los crímenes contra el DIH? y ¿Cuáles las conductas que se deben juzgar?

¿Los actos cometidos por los grupos armados organizados al margen de la ley son crímenes contra el DIH, contra el DIDH o crímenes de delincuencia común y cuál es el tratamiento en cada caso?

¿A nivel de tipicidad los *crímenes base* de la Ley de Justicia y paz, esto es, *rebelión* en caso de la subversión y *concierto para delinquir* en caso de las autodefensas, deben ser tratados de igual manera, tal como se hace en el proceso de justicia y paz?

Los Convenios de Ginebra y sus protocolos son claros, en virtud de que los Estados partes que los suscribieron, parten precisamente de la realización de la guerra y como tal, dichos actos hostiles son permitidos por el DIH. Los Convenios y sus Protocolos adicionales lo que hacen es establecer los límites de la guerra, tanto de los medios y mecanismo permitidos para guerra, como de las personas y bienes que se deben proteger, pero no prohíben la guerra, porque consideran que es un derecho que tienen los Estados.

En este contexto, el planteamiento es que la imputación de crímenes que se realiza en la Jurisdicción de justicia y paz corresponden a los actos mismos de la guerra, pero no se han delimitado con claridad las conductas que utilizan mecanismos y métodos distintos y las que vulneran los derechos de las personas protegidas por el DIH y han causado daños a los Bienes protegidos.

Tampoco hay distinción entre los crímenes de lesa humanidad que se comenten como violación de los DH y los crímenes de lesa humanidad que se comenten como violación del DIH, por lo que se hace necesario determinar las diferencias entre uno y otro.

Para desarrollar el tema es necesario hacer el análisis de los crímenes más graves de trascendencia para la humanidad, a partir de los antecedentes históricos y normativos del DIH y del DIDH, toda vez que a partir de la violación de estos derechos, “millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”<sup>349</sup>.

Si bien es cierto que con el Estatuto de Roma se creó la Jurisdicción penal internacional contra los autores de crímenes de mayor gravedad contra la humanidad, también es cierto que, previamente a la expedición de este estatuto, estaba definido el ámbito de aplicación del DIH y el DIDH, solo que estaba por fuera de una jurisdicción penal.

La violación de los DH a nivel del juzgamiento de graves crímenes contra la humanidad, tanto en el ámbito del DIH, como en el DIDH ha estado contemplada en la legislación de los Estados en la medida en que han firmado los tratados internacionales y los han incorporado en su normativa interna.

---

<sup>349</sup> CPI. “Estatuto de Roma”. Preámbulo.



Solamente en casos muy excepcionales se han creado Tribunales *ad hoc* con el fin de juzgar a los autores de los graves crímenes contra la humanidad, y en el entendido que el país que ha debido juzgarlos, no tiene interés en hacerlo o son sus agentes los que los han cometido.

La dificultad que se presenta y que por supuesto, tiene consecuencias diversas según el análisis, radica en determinar cuáles son los crímenes contra la humanidad que están considerados como delitos contra el DIDH y el DIH, no solo en el ámbito del derecho internacional, sino en el derecho interno. Porque si bien un Estado parte ha suscrito un tratado y lo ha ratificado, no necesariamente se ha incorporado a la legislación penal.

Entonces, es justamente esta dificultad la que ha generado incertidumbre jurídica e interpretaciones erróneas en el ámbito de la LJP, debido a que en esta Jurisdicción no se hace distinción de manera específica de los crímenes cometidos contra el DIH, que en la categorización del Estatuto de Roma, correspondería a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Tampoco se hace distinción entre los actos de guerra permitidos por el DIH y aquellos actos que desbordan esos límites, ya que son estos los que configuran los crímenes contra el DIH y no la guerra en sí misma.

Esta situación se ha presentado por múltiples causas:

Primera, la falta de claridad para determinar quiénes son los actores del conflicto, en la medida en que se ha dado igual tratamiento a los integrantes de las autodefensas que a los guerrilleros, a pesar de que naturalistamente tienen origen y finalidades distintas.

Segunda, la falta de claridad para determinar si se reconoce o no el conflicto armado, toda vez que es muy distinto el panorama dentro del ámbito del Derecho penal, y en especial de la JTr, la imputación de crímenes, si estos se cometieron por virtud del conflicto armado o por fuera de él. En este sentido, es claro que los actos propios de la guerra no podrían incursionar en el Derecho penal si hacemos referencia a la existencia del conflicto armado; en caso contrario, todos los actos serían considerados simplemente crímenes comunes.

Tercera, la distinción entre actos propios de la guerra y crímenes. Los hechos que hacen parte de las hostilidades y de los combates no constituyen crímenes contra el DIH. Solamente aquellos que desbordan el ámbito de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos configurarían y los que constituyen crímenes contra el DIH o aquellos que son fuera del conflicto y constituyen crímenes de lesa humanidad, *falsos positivos*.

El problema que nace a partir de la judicialización de estos postulados a la LJP es que no hay distinción al momento de realizar las imputaciones y las acusaciones entre el tipo de crímenes que se están imputando y por los cuales están siendo condenando; es decir, que se les imputan crímenes contra el DIH sin distinguir que los actos de la guerra propiamente dichos no hacen parte del Derecho penal, ni siquiera en esta jurisdicción. Los crímenes contra el DIH son aquellos que desbordan las reglas permitidas por la Jurisdicción internacional contenida tanto en la Haya como en los Convenios y sus Protocolos.

Al no delimitarse este ámbito de permisión del DIH, se están juzgando actos propios de la guerra como crímenes de lesa humanidad y crímenes contra el DIH, olvidando que una cosa es un crimen contra el DIDH y otra muy diferente es un crimen contra los actos que desbordan los límites del DIH.

## **2.2. Antecedentes históricos y normativos**

Establecer los antecedentes históricos y normativos del DIH y del DIDH nos permitirá delimitar el alcance de la jurisdicción de justicia y paz en el ámbito de los crímenes de mayor gravedad que se han cometido en Colombia por parte de estos grupos armados organizados al margen de la ley.

Permitirá definir el carácter complementario de estos crímenes en el ámbito de la jurisdicción internacional y aclarar si es posible o no la competencia de la CPI en Colombia.

### **2.2.1. DIH.**

Históricamente se ha concebido dos conjuntos de normas aplicables a las situaciones de guerra: el *ius ad bellum* (o *ius contra bello*), que hace referencia a los procedimientos legales para iniciar y terminar la guerra de acuerdo con las normas existentes, y el *ius in bello*, que configura el derecho de la guerra, el derecho de los conflictos armados y se conoce actualmente como *Derecho Internacional Humanitario –DIH*<sup>350</sup>. La figura jurídica de los crímenes contra la humanidad tiene su origen en los principios humanitarios del *ius in bello* de la Cláusula Martens y ganó autonomía a partir de su tipificación en el art. 6c del Estatuto de Núremberg<sup>351</sup>.

---

<sup>350</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos; DIH. Tomado de: [www.defensoria.org.co](http://www.defensoria.org.co); impresión: Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2005, p. 18

<sup>351</sup> PEREZ CABALLERO. *Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194 RECPC 15-15 (2013), p. 2.

KELSEN<sup>352</sup> afirma que la guerra constituye una intervención ilimitada en la esfera de intereses de otro Estado. La guerra implica la acción llevada a cabo con poder armado y “no es ni delito, ni sanción”, ya que la fuerza solo es admisible como reacción contra una lesión del derecho internacional, es decir, contra una violación de los intereses de un Estado, contra la cual este está facultado por el Derecho internacional general a reaccionar como represalia o como guerra. Se trata del denominado principio de *bellum iustum*, que hace parte del derecho internacional.

El DIH surgió normativamente cuando la comunidad internacional empezó a cuestionar la intervención ilimitada de un Estado en la esfera de los intereses de otro. Este desbordamiento de la fuerza ha generado la comisión de crímenes que causan grave daño a la humanidad, que dio origen a la legislación internacional, especialmente desde la finalización de la II Guerra Mundial, después de la caída del Nacional Socialismo y como consecuencia del genocidio de que fueron víctimas los judíos en virtud de la llamada “solución final al problema judío”<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup>KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México D. F., 1934. 10ª Ed., 1998, pp. 324 ss.

<sup>353</sup> La solución final al problema judío consistió en resolver la marcha de los judíos de Alemania hacia otros países y hacer los preparativos para que aquellos judíos que se negasen a abandonar tanto este país como los invadidos fueran confinados en ghettos para su esclavización y posteriormente enviados a campos de trabajo y de exterminio. El 31 de Julio de 1941 Goering remite a Reinhard Heydrich una orden por la que le insta a acelerar todos los pasos necesarios para acabar con el "problema judío". La orden reza así:

“Berlín, 31 de Julio de 1941

Der Reichsmarschall des Grossdeutschen Reiches (Mariscal del Gran Reich Alemán) Beauftragter fur den Vierjahresplan (Plenipotenciario para el Plan Cuatrienal) Vorsitzender des Ministerrats fur die Reichsverteidigung (Presidente del Consejo de Ministros para la Defensa del Reich)

Al Jefe de la Policía de Seguridad y del SD (SS Gruppenfuhrer Heydrich) Berlín

Complementando la tarea puesta a su cargo en el edicto fechado el 24 de Enero de 1939, y que consiste en resolver la cuestión judía de la manera más conveniente posible, dada las condiciones presentes, por medios de emigración, o de evacuación, le encargo que efectúe los preparativos necesarios relacionados con la organización y los aspectos prácticos y materiales, con objeto de conseguir una solución global (Gesamtlosung) de la cuestión judía en las esferas de influencia alemana de Europa.

En la medida en que esto atañe las competencias de otras instancias centrales, éstas deberán ser involucradas.

Le encargo, además, me someta con rapidez un plan global de las medidas prácticas materiales y de organización, para la ejecución de la deseada Solución Final (Endloesung) de la Cuestión Judía GOERING”

El contenido total de la página web "www.elholocausto.net" (texto e imágenes) está registrado en el Registro de la Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura de España bajo el número de asiento 00/2007/1322. Tomado de la página: <http://www.elholocausto.net/parte01/0108.htm>

El 08 de agosto de 1945 se firmó un acuerdo entre Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, para la creación del Tribunal Militar Internacional para, *aplicando los principios de justicia e inmediatez, enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo*, la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Se definieron por primera vez conductas que constituían graves crímenes y se dio inicio a un proceso de desarrollo de la justicia penal internacional que culminó en el año 2002 con el Estatuto de Roma:

*“a) Crímenes contra la paz: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;*

*b) Crímenes de guerra: A saber, violaciones de las Leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;*

*c) Crímenes contra la humanidad: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.*

*Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”.*

En virtud de tal genocidio, el Comité Internacional de la Cruz Roja, como promotor de los Convenios de Ginebra, y con el fin de buscar proteger a las víctimas de la guerra, *–heridos, enfermos y náufragos–* de las fuerzas armadas en campaña; buscar el trato debido a los prisioneros de guerra y la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, logró que se suscribieran los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Esta jurisdicción surge entonces por la necesidad de regular los conflictos armados para proteger a las personas civiles contra ataques, sufrimientos, lesiones o destrucción que no sean verdadera y estrictamente necesarios para obtener los propósitos militares legítimos, por lo que

las acciones bélicas deben ser las mínimas necesarias. Busca proteger a las personas afectadas o que podrían verse afectadas por las hostilidades de las partes en conflicto.

Con el nacimiento de los Convenios de Ginebra se delimitó el ámbito de protección, el alcance y los límites de la guerra, y se establecieron disposiciones comunes a los cuatro convenios respecto a las disposiciones generales de represión de las infracciones y disposiciones finales<sup>354</sup>.

El DIH, plasmado en los diferentes convenios, no prohíbe la guerra internacional ni los conflictos internos o guerra no internacional<sup>355</sup>; por el contrario, parte de ese presupuesto para desarrollar una normatividad que permita establecer los medios para hacer la guerra y las personas y bienes que deben ser protegidos en medio de ella.

De acuerdo con el Pacto de la Sociedad de Naciones, no se ha plasmado el principio de prohibición absoluta del recurso de guerra. De conformidad con los términos de su preámbulo, los Estados signatarios del Pacto, aceptaban

*“ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra, pero permanecen dos tipos de guerra: la guerra defensiva que era imposible de prohibir y la guerra de sanción que está prevista en el artículo 26, obligando a todos los Estados miembros a adoptar contra el Estado culpable, medidas de sanción que podían ir hasta la coerción armada”*<sup>356</sup>.

El CICR define el DIH como las

*“normas internacionales, de origen convencional y consuetudinario especialmente destinadas a solucionar los problemas de índole humanitaria que se derivan directamente de los conflictos armados, internacionales o no, y limitan por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de hacer la guerra de su elección o protegen a las personas y los bienes afectados o que pueden verse afectados por el conflicto”*<sup>357</sup>.

---

<sup>354</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR). “Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”, disposiciones comunes a los cuatro convenios de Ginebra. Marzo de 2012. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>

<sup>355</sup> El artículo 3 del primer Convenio, hace referencia a los conflictos no internacionales y establece que “1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.”

<sup>356</sup> Los procesos de Núremberg y Tokio: precedentes de la Corte Penal Internacional.

<sup>357</sup> OBERSON, B. / FLORAS, N. “Extractos de la Cartilla Derecho Internacional Humanitario – Respuestas a sus preguntas”, CICR, 1990, p. 6.

El DIH se compone, en cierta medida, de los tratados suscritos por los Estados Parte, especialmente de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, así como de otros convenios y los protocolos que abarcan aspectos específicos del derecho de los conflictos armados; y por otro lado, del derecho consuetudinario, que es vinculante para todos los Estados y las partes que intervienen en los conflictos.

Las principales disposiciones convencionales aplicables en caso de conflicto armado no internacional son el art. 3º<sup>358</sup> común a los Convenios de Ginebra y las disposiciones del Protocolo adicional II.

El DIH es aplicable en tiempo de conflicto armado internacional o no internacional. El primero se refiere a las guerras en que intervienen dos o más Estados y los conflictos armados no internacionales “son aquellos en que fuerzas gubernamentales combaten contra insurgentes armados o en que grupos rebeldes combaten entre ellos”<sup>359</sup>. En este sentido, es claro que los

---

<sup>358</sup> Artículo 3 - Conflictos no internacionales: En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) la toma de rehenes;

c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-gc-0-art3-5tdlrm.htm>.

<sup>359</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Servicio de Asesoramiento en DIH y DIDH. Disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih\\_didh.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih_didh.pdf).

grupos de autodefensas o paramilitares no configuran la categoría de grupos rebeldes, pero sí hacen parte de las fuerzas estatales y son parte de la política de estado.

El DIH debe ser aplicado por todas la partes en un conflicto armado; en los conflictos internacionales por los Estados implicados y en los internos, por los grupos que combatan contra el estado o que combatan entre ellos.

Los límites que impone el DIH a los estados partes para hacer la guerra surgen inicialmente de la cláusula de Martens<sup>360</sup>, que se refiere a los *principios del derecho de gentes*, y en virtud de los cuales PICTEC<sup>361</sup> considera que se imponen los límites de la guerra a partir de principios fundamentales, principios comunes, principios aplicables a las víctimas de los conflictos y principios propios del derecho de la guerra que “*representan el mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo, en todo lugar y en toda circunstancia*” y que fueron formulados por primera vez en 1966.

Dentro de los *principios fundamentales*, PICTEC hace referencia al principio del derecho humano, que se refiere a que *las exigencias militares y el mantenimiento del orden público, serán siempre compatibles con el respeto a la persona humana*. Puede afirmarse que este principio representa una dicotomía entre las razones de Estado y la dignidad humana, pero a la luz del DIH, prevalecen las exigencias militares y el mantenimiento del orden. De no ser así, el DIH no establecería restricciones a la guerra, sino que se opondría a ella por la prevalencia de este principio.

Este principio busca priorizar el respeto de las personas sobre las necesidades militares; sirve para confirmar la inmunidad fundamental de los civiles contra ataques en todo conflicto armado y prohíbe infligir sufrimiento, lesión o destrucción que no sean verdadera y estrictamente necesarios para obtener propósitos militares legítimos. En consecuencia, “*las*

---

<sup>360</sup> 31-03-1997 Artículo, Revista Internacional de la Cruz Roja, por Rupert Ticehurst. La cláusula de Martens forma parte del derecho de los conflictos armados desde que apareciera, por primera vez, en el Preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las Leyes y costumbres de la guerra terrestre:

“Mientras que se forma un Código más completo de las Leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las Leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”. Tomado de la página: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlcy.htm>

<sup>361</sup> PICTEC, J. *Desarrollo y Principios del Derecho Internacioanal Humanitario*. Disponible en: [https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo\\_y\\_principios.htm](https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo_y_principios.htm).

*acciones bélicas solo deben causar el mal mínimo necesario y no el mayor porque sería inhumano y poco eficaz*”<sup>362</sup>.

En relación con el principio del derecho humanitario o de los conflictos armados, refiere que *“las Partes en conflicto no causarán a su adversario males desproporcionados con respecto al objetivo de la guerra, que es destruir o debilitar el potencial militar del enemigo”*<sup>363</sup>. Considera que la guerra es un estadio contrario a la paz y solo se justifica por su necesidad, por lo que debe estar reducido al mínimo de pérdida de personas y de material. En relación con el potencial humano, es mejor capturar que herir y mejor herir que matar. Este principio emana del derecho de Ginebra, según el cual *“las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad”*.

De este principio se deriva el *principio del derecho de Ginebra*, según el cual *“las personas puestas fuera de combate y las que no participan directamente en las hostilidades serán respetadas, protegidas y tratadas con humanidad”*.

Del principio anterior se deriva el *principio del derecho de la guerra*, es decir que *el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o los medios de guerra no es ilimitado*<sup>364</sup>, están sujetos a las restricciones de los convenios en cuanto a protección, a medios y a métodos.

En los *principios comunes*, tanto para el derecho de Ginebra como para los DH se encuentran:

El *principio de inviolabilidad* según el cual el individuo tiene derecho al respeto a su vida, su integridad física y moral y a los atributos de la personalidad. Este principio está desarrollado en el protocolo I de la Convención de Ginebra el artículo 41 y se refiere a la salvaguarda del enemigo fuera de combate<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos; DIH. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2005, p. 20.

<sup>363</sup>DIH. Principio.

<sup>364</sup>En el Reglamento de La Haya se dice que «los beligerantes no tienen un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios para causar daños al enemigo» (art. 22).

<sup>365</sup>CICR. “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra”.

Artículo 41 - Salvaguardia del enemigo fuera de combate

1. Ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocerse que está fuera de combate.



El segundo se refiere al respeto a la vida, la integridad física y los atributos de la personalidad que están sustentados en el artículo 75 del Protocolo I<sup>366</sup> frente a los tratos crueles e inhumanos mediante la práctica de la tortura.

Hacen parte de este principio: el reconocimiento de la personalidad jurídica, el respeto del honor, los derechos de los familiares, de sus convicciones y costumbres. La asistencia humanitaria, el derecho a conocer la suerte de sus familiares y la prohibición de ser privado arbitrariamente de la propiedad.

El *principio de no discriminación* que indica que las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en otro criterio análogo<sup>367</sup>.

El *principio de seguridad* se desarrolla sobre la base de que “nadie será considerado responsable de un acto que no haya cometido; la prohibición de las represalias; la aplicación

---

2. Está fuera de combate toda persona:

- a) que esté en poder de una Parte adversa;
  - b) que exprese claramente su intención de rendirse; o
  - c) que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse;
- y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.

3. Cuando las personas que tengan derecho a la protección de que gozan los prisioneros de guerra hayan caído en poder de una Parte adversa en condiciones de combate inhabituales que impidan su evacuación en la forma prevista en la Sección I del Título III del III Convenio, serán liberadas, debiendo adoptarse todas las precauciones posibles para garantizar su seguridad.

<sup>366</sup> Art 75. “2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares:

- a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular:
  - i) el homicidio;
  - ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental;
  - iii) las penas corporales; y
  - iv) las mutilaciones;
- b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
- c) la toma de rehenes;
- d) las penas colectivas; y
- e) las amenazas de realizar los actos mencionados”

<sup>367</sup> Preámbulo y artículos 10 y 75 del protocolo I. Y Art 2 del Protocolo II

de las garantías fundamentales contenidas en el artículo 75 del protocolo; y a la imposibilidad de renunciar a los derechos que se reconoce en los convenios humanitarios.

En los *principios aplicables a las víctimas del conflicto* se encuentran:

El principio de neutralidad que hace alusión a la asistencia humanitaria en el conflicto independientemente de que sea un enemigo, por lo que no constituye un acto hostil, sino lícito, lo que brinda inmunidad a quienes realizan asistencia humanitaria<sup>368</sup>. Se fundamenta en la inmunidad al personal sanitario que debe abstenerse de cualquier acto hostil y su protección como profesionales, así como la facultad que tienen para no dar información sobre los heridos y enfermos, si esto puede causarles daño. Esta inmunidad se extiende hasta la imposibilidad de que nadie puede ser castigado por brindar asistencia humanitaria.

El principio de normalidad se deriva del principio de aplicación, es decir que *la cautividad de guerra no es un castigo, sino solamente un medio para que el adversario no vuelva a causar daños*, implica no disminuir al prisionero de guerra.

El principio de protección. Se refiere a que el Estado enemigo debe asumir la protección de las personas que tenga en su poder y es responsable de la suerte que corren los prisioneros que guarda.

Los *principios propios del derecho de guerra*, parte de la regla general, en virtud de la cual *son los Estados los que hacen la guerra por las necesidades de su política, y no los simples particulares; si no se debe atacar a los no combatientes, es porque éstos quedan fuera de la lucha*. Estos principios corresponden a las reglas que buscan proteger a la población civil del cual surgen tres principios:

Principio de Limitación *Ratione Personae*, por el cual *la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares*. Aquí se establece la diferencia entre combatientes, que son el objeto mismo de la guerra y no combatientes, que tienen inmunidad como población civil. Esto implica que la

---

<sup>368</sup> artículo 27, párr. 3, del I Convenio de 1949, que versa sobre la asistencia neutral, y el artículo 64, párr. 1, del Protocolo I, relativo a las organizaciones neutrales de protección civil de Estados neutrales: «en ninguna circunstancia se considerará esta actividad como una injerencia en el conflicto». Pero más significativo es todavía el artículo 70 del Protocolo que se refiere a las acciones de socorro en favor de la población civil de una Parte en conflicto: se estipula que el ofrecimiento de acciones humanitarias e imparciales de socorro «no será considerado como injerencia en el conflicto ni como acto hostil». Tomado de la página: [https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo\\_y\\_principios.htm](https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo_y_principios.htm)

población civil no será objeto de ataques o represalias y se prohíben los actos o amenazas que la aterricen<sup>369</sup> y las partes en conflicto deben tomar las medidas necesarias para salvar a la población civil. No obstante, *como ya decía Vitoria, la muerte de los inocentes, si llega a producirse, siempre será accidental; nunca será deliberadamente buscada.*

Este principio hace referencia al principio de distinción reconocido por el DIH<sup>370</sup> que establece que las partes en conflicto deberán distinguir en todo momento entre personas civiles y combatientes; los ataques solo podrán dirigirse contra combatientes; y los civiles no deben ser atacados<sup>371</sup>.

El principio de limitación *Ratione Loci*, se refiere a que los ataques deben limitarse estrictamente a los objetivos militares, esto es, “aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida”<sup>372</sup>.

Según este principio, los combatientes deben recurrir a las medidas de fuerza militar que no estén prohibidos por el derecho internacional y que sean necesarias y proporcionadas para asegurar el sometimiento del enemigo con el menor costo en recursos humanos y económicos. Valga aclarar que las “las necesidades militares no excusan una conducta inhumana, ni ninguna actividad que este prohibida por el derecho *de los conflictos armados, puesto que las necesidades militares están excluidas de la ley*”<sup>373</sup>.

Está prohibido atacar localidades que no estén defendidas y la destrucción de bienes indispensables para la supervivencia de la población y el pillaje, así como realizar actos de hostilidad contra edificios de ciencia, beneficencias, monumentos, obras de arte, lugares de culto e instalaciones que puedan liberar fuerzas peligrosas para la población. De igual forma, no se podrá utilizar a la población civil para proteger objetivos militares.

---

<sup>369</sup> Protocolo, arts. 57 y 58.

<sup>370</sup> COIDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia. Sentencia del 30 de noviembre de 2012

<sup>371</sup> HENKAERTS, J / DOSWALD / BECK L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Vol. I., Ed. CICR, Buenos Aires, 2007, p. 3, Norma 1.

<sup>372</sup> Protocolo, art. 52, par. 2.

<sup>373</sup> DOPLER, B. / FERRETI, A. y GACONN, J. “El derecho de la guerra – cuadernos pedagógicos para instructores, cuaderno No 05”, CICR. Disponible en: [www.icrc.org/icrcspa.nsf](http://www.icrc.org/icrcspa.nsf).

Como se evidencia, este principio incorpora el principio de *proporcionalidad* en la medida en que “queda prohibido lanzar un ataque cuando sea de prever que cause incidentalmente muertos y heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista”<sup>374</sup>.

El principio de limitación *Ratione Conditionis*, hace referencia a la prohibición de armas y métodos de guerra que puedan causar pérdidas inútiles o sufrimientos excesivos <sup>375</sup>, especialmente a nivel de los combatientes. Esto significa que se prohíben los ataques indiscriminados, las armas y métodos que causen daños excesivos con respecto a la ventaja militar concreta y directa, y la prohibición de utilizar contra los civiles el hambre como método de guerra.

Hace referencia al principio de *precaución*, reconocido por el DIH, que indica que

*“las operaciones se realizarán con un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y los bienes de carácter civil, y que se tomarán todas las precauciones factibles para evitar o reducir en todo caso a un mínimo, el número de muertos y heridos entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil, que pudieran causar incidentalmente”*<sup>376</sup>.

La función del DIH es de carácter preventivo y su propósito es regular la conducta de uno o varios Estados o de las fuerzas en conflicto dentro de un mismo Estado.

La Corte Constitucional, que declaró la exequibilidad de la ley que aprueba el Protocolo II de la Convención, en sentencia C-225 de 1995 consideró que:

*“El Derecho Internacional Humanitario ha sido fruto esencialmente de unas prácticas consuetudinarias, que se entienden incorporadas al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los convenios de DIH deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existentes que como la creación de principios y reglas nuevas. Así, esta Corporación, en las sentencias citadas, y en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacionales, ha considerado que las normas de DIH son parte integrante del ius cogens. Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma ius cogens o norma imperativa de derecho internacional general “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.*

---

<sup>374</sup>HENKAERTS, J / DOSWALD / BECK L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Vol. I., Ed. CICR, Buenos Aires, 2007, p. 53, norma 14.

<sup>375</sup> Reglamento de la Haya, art 23 “males superfluos” o “sufrimientos inútiles”. Protocolo Art. 35 apartado 2.

<sup>376</sup>HENKAERTS, J / DOSWALD / BECK L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Vol. I., Ed. CICR, Buenos Aires, 2007, p. 59, norma 15.

*Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la inoperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario”.*

Colombia suscribió y ratificó los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949<sup>377</sup>: el primero, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo, a los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y el cuarto, sobre la protección a personas en tiempo de guerra. Estos están adicionados por el Protocolo I<sup>378</sup>, que alude a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; y el Protocolo II<sup>379</sup>, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales<sup>380</sup>.

Encontramos en el art. 1° común a los Convenios de Ginebra que *“Las Altas Partes contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias”*. Para esto se debe dar a aplicación al principio *Pacta Sunt Servanda*<sup>381</sup>: los pactos son para cumplirlos.

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 214, establece las reglas a las cuales debe someterse el gobierno durante el estado de guerra exterior y el estado de conmoción interior y dispone que *“en todo caso se respetarán las reglas del DIH”*.

---

<sup>360</sup> Ley 5 de 1960. Fecha de ratificación: 08 de noviembre de 1961. Fecha de vigor: 08 de mayo de 1962.

<sup>361</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65 de diciembre 21 de 1979. “Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados”, firmado el 31 de enero de 1967, y reautoriza al Gobierno Nacional para adherir al mismo”.

<sup>379</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Justicia y Paz. Segunda Instancia. Rad. 35637, postulado JORGE IVÁN LAVERDE.

<sup>380</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 171 de diciembre 16 de 1994, “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)’, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977”. Este Convenio fue aprobado mediante la disposición 58 transitoria de la Constitución Política y promulgado mediante el Decreto 509 de 1996, publicado en el Diario Oficial No. 42.746 de 18 de marzo de 1996. Ley declarada EXEQUIBLE por la CORTE CONSTITUCIONAL, mediante Sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995, MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>381</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales”, 1988. Viena, 28 de abril de 1988. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I2.pdf>.

### 2.2.2. Antecedentes históricos y normativos del DIDH.

El DIDH surge por la necesidad de proteger la dignidad de las personas desde la misma Declaración de los Derechos del Hombre y busca un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre<sup>382</sup>

Está integrado por tratados internacionales de DH y otros instrumentos aprobados y suscritos por los Estados en los cuales se reconocen los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos y se adoptan mecanismos para darles protección en el ámbito supranacional<sup>383</sup>; el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* –DIDH– puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas internacionales y no convencionales, que reconocen, sin distinción alguna, los derechos de las personas<sup>384</sup>.

El contenido esencial del DIDH establece las obligaciones que los Estados deben respetar: proteger y garantizar los DH mediante los tratados internacionales que los obligan a incorporar la garantía de estos derechos en el ordenamiento jurídico interno para proteger a la persona humana y favorecer su completo desarrollo, mediante el goce de las libertades y garantías individuales y cumple una función preventiva reparadora.

EL DIDH tiene aplicación en el territorio de cada Estado y se aplica tanto en época de paz como en época de guerra pues es un derecho de aplicación permanente, que protege a todas las personas en todo momento, cuyos mecanismos de reparación están orientados a las acciones de reparación por los daños sufridos especialmente por los abusos de autoridad.

Los Estados Partes tienen la obligación de investigar, juzgar, perseguir y sancionar las conductas que desconocen DH de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción territorial, y están bajo la Jurisdicción Internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la CoIDH, que son los encargados de investigar las violaciones de los DH contenidos en la normatividad internacional.

Los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia en materia de DH son:

---

<sup>382</sup>“CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA”. Preámbulo.

<sup>383</sup>DEFENSORIA DEL PUEBLO. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. Agencia para el Desarrollo internacional y Managamet Scienciesfor Development. Mecanismos internacionales de protección de derechos humanos: Naciones Unidas, p. 26.

<sup>384</sup>CUADERNILLOS DE DERECHO PENAL. No 08 de febrero de 2005, ISSN 1794-4155 p. 25.

- La Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959, entrada en vigencia 27 de enero de 1960.
- La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Ley 22 de 1981, entrada en vigor el 02 de octubre de 1981.
- La Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, aprobada como legislación interna por la Ley 70 de 1986; entrada en vigencia 08 de enero de 1988.
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo, aprobado por la Ley 74 de 1968; entrada en vigencia el 23 de marzo de 1976.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por la Ley 16 de 1972; entrada en vigencia el 18 de julio de 1978.
- El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ley 74 de 1968. Entrada en vigencia el 23 de marzo de 1976.
- El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 319 de 1996, entrada en vigencia tan pronto 11 estados lo ratifiquen.
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Ley 22 de 1981. Entrada en vigencia 02 de octubre de 1981.
- La Convención Internacional sobre el Crimen de Apartheid. Ley 26 de 1987. Entrada en vigencia 22 de junio de 1988.

#### Principios comunes tanto para el derecho de Ginebra como para los DH.

- a. Principio de Inviolabilidad, según el cual el individuo tiene derecho al respeto a su vida, su integridad física y moral y a los atributos de la personalidad.

El primero de ellos está desarrollado en el protocolo I de la Convención de Ginebra en el artículo 41 y se refiere a la salvaguarda del enemigo fuera de combate<sup>385</sup>.

---

<sup>385</sup>CICR. “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra”.

#### Artículo 41 - Salvaguardia del enemigo fuera de combate

1. Ninguna persona podrá ser objeto de ataque cuando se reconozca o, atendidas las circunstancias, deba reconocerse que está fuera de combate.

2. Está fuera de combate toda persona:

- a) que esté en poder de una Parte adversa;
- b) que exprese claramente su intención de rendirse; o

El segundo se refiere al respeto a la vida, la integridad física y los atributos de la personalidad que están sustentados en el artículo 75 del Protocolo I<sup>386</sup> frente a los tratos crueles e inhumanos mediante la práctica de la tortura.

Hacen parte de este principio el reconocimiento de la personalidad jurídica, el respeto del honor, los derechos de los familiares, de sus convicciones y costumbres. La asistencia humanitaria, el derecho a conocer la suerte de sus familiares y la prohibición de ser privado arbitrariamente de la propiedad.

- b. Principio de no Discriminación, que indica las personas serán tratadas sin distinción alguna fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad, el idioma, la clase social, la fortuna, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, o en otro criterio análogo<sup>387</sup>.
- c. Principio de Seguridad, se desarrolla sobre la base de que “nadie será considerado responsable de un acto que no haya cometido; la prohibición de las represalias; la aplicación de las garantías fundamentales contenidas en el artículo 75 del Protocolo; y

---

c) que esté inconsciente o incapacitada en cualquier otra forma a causa de heridas o de enfermedad y sea, por consiguiente, incapaz de defenderse;

y siempre que, en cualquiera de esos casos, se abstenga de todo acto hostil y no trate de evadirse.

3. Cuando las personas que tengan derecho a la protección de que gozan los prisioneros de guerra hayan caído en poder de una Parte adversa en condiciones de combate inhabituales que impidan su evacuación en la forma prevista en la Sección I del Título III del III Convenio, serán liberadas, debiendo adoptarse todas las precauciones posibles para garantizar su seguridad.

<sup>386</sup> Art 75. “2. Están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar los actos siguientes, ya sean realizados por agentes civiles o militares:

- a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular:
  - i) el homicidio;
  - ii) la tortura de cualquier clase, tanto física como mental;
  - iii) las penas corporales; y
  - iv) las mutilaciones;
- b) los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
  - c) la toma de rehenes;
  - d) las penas colectivas; y
  - e) las amenazas de realizar los actos mencionados”

<sup>387</sup> PROTOCOLO I., Preámbulo y arts. 10 y 75; Protocolo II., art. 2.



a la imposibilidad de renunciar a los derechos que se reconoce en los Convenios humanitarios.

### Analogías y diferencias<sup>388</sup>

Tanto el DIH como el DIDH<sup>389</sup> forman parte del Derecho Internacional Público y tienen como finalidad proteger a los seres humanos en diversas circunstancias y modalidades. El DIH nace por la necesidad de regular los conflictos armados y de proteger a las víctimas del conflicto; mientras que el DIDH busca la protección de la dignidad humana frente a los abusos de poder.

Tienen características propias de un sistema integrado de normas, tanto convencionales como consuetudinarias, y se aplica tanto a los Estados como a los individuos de manera indirecta. Son límites que se establecen a los Estados para que no desborden el ejercicio del poder y buscan minimizar el sufrimiento de los individuos; el DIH de los generados por la guerra y el DIDH de la violación de los DH.

La finalidad tanto del DIH como del DIDH es proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas; prohíben la tortura y tratos crueles e inhumanos; estipulan derechos fundamentales de las personas; prohíben la discriminación y disponen acerca de la protección de las mujeres y los niños.

El DIH contiene disposiciones que están por fuera del DIDH, como la conducción de hostilidades los estatutos de los combatientes y prisioneros de guerra y se aplica en tiempos de guerra. El DIDH por el contrario, se aplica en tiempos de paz.

El objetivo principal del DIDH es el goce de los derechos y las garantías individuales del ser humano. El DIH es un derecho excepcional, salvo en Colombia, y busca regular la forma menos gravosa de hacer la guerra.

Los DH surgen en virtud de los diferentes tratados suscritos por los estados y rigen en el derecho interno a nivel constitucional, son los estados los que internamente deben proteger estos derechos. Sin embargo, vemos en Colombia cómo la misma CoIDH ha condenado al Estado colombiano porque sus agentes directa o indirectamente son, precisamente, los que violan los DH. Los diferentes fallos condenatorios solamente requieren al Estado para que

---

<sup>388</sup> COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Servicio de Asesoramiento en DIH. DIH y derecho internacional de los derechos humanos. Disponible en: [https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih\\_didh.pdf](https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/dih_didh.pdf).

<sup>389</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO, Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos; DIH. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2005, pp. 41 y 42.

inicie las investigaciones, sin que la Corte tenga jurisdicción para ello, y condena solamente al Estado a nivel administrativo por los posibles daños y perjuicios.

Sin embargo, no solamente no se cumplen las diferentes sentencias, sino que además las acciones judiciales a nivel interno casi no prosperan, haciendo inocuas las decisiones de la justicia internacional. Recordemos que es la CoIDH la que conoce internacionalmente en América sobre la violación de los DH y la violación contra las normas del DIH, asumiendo en ambas situaciones medidas administrativas y requerimientos internos que debe acatar el mismo Estado.

Pero es evidente que, cuando los responsables son agentes del estado, las acciones judiciales que se adelantan son muy lentas y muchas veces terminan en sentencias que no se compadecen con la gravedad de los hechos. Lo que pretendo afirmar es que la CoIDH, más allá de sancionar pecuniariamente a los Estados y requerirlos para que adelanten investigaciones, no tienen un carácter vinculante sólido como para afirmarse que va a garantizar la protección de los DH.

Adicionalmente, es claro que ninguna jurisdicción de carácter sancionatorio realmente proteja los derechos. Tampoco ninguna jurisdicción de carácter interno, pues cuando el derecho ha sido violado, resulta inocua su garantía, ya que la sanción como tal, no garantiza ningún derecho; pero lo que sí garantiza es, probablemente, la imposición de una pena y satisfacer a las víctimas<sup>390</sup>.

El DIH busca limitar sufrimientos inicialmente con el Derecho de la Haya, que se integró al Derecho de Ginebra, y para esto trata de establecer mecanismos y métodos menos gravosos para hacer la guerra, pero definitivamente, parte de ese derecho que tienen los Estados de hacer la guerra.

Vemos que, en tratándose de conflictos internos, la normatividad genera múltiples vacíos y muchas controversias, puesto que si quien suscribe los convenios es el Estado, los grupos insurgentes, como en el caso colombiano, están supeditados a la forma como el Estado parte

---

<sup>390</sup>NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 92. “Pena como fiesta, es decir, como violentación y burla de un enemigo finalmente abatido. Pena como medio de hacer memoria, bien a quien sufre la pena – la llamada “corrección”, bien a los testigos de la ejecución. Pena como pago de un honorario estipulado por el poder que protege al infractor contra los excesos de la venganza en la medida en que razas poderosas mantienen todavía ese estado y lo reivindican como privilegio. Pena como declaración de guerra y medida de guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, de orden, de la autoridad, al que por considerársele peligroso para la comunidad, violador de los pactos que afectan a los presupuestos de la misma, por considerársele un rebelde, traidor y perturbador de la paz, se le combate por los medios que proporciona precisamente la guerra”.

los legitime, no solo normativamente, sino políticamente, como por ejemplo cuando a pesar de presentarse todas las condiciones del conflicto interno armado, el Estado no los reconoce, aunque la normatividad internacional diga lo contrario, y en este caso concreto, esa sola situación genera resultados bien distintos respecto de los hechos que surgen de esa guerra.

#### Mecanismos sancionatorios.

Mientras que en el DIDH los Estados tienen la obligación de investigar, perseguir, juzgar y sancionar las conductas violatorias de los DH de las personas que se encuentran bajo su territorialidad, los mecanismos del DIH están instituidos para impedir eventuales violaciones, privilegiando la persuasión, pero también son los Estados parte los llamados a sancionar internamente cualquier violación.

Las sanciones para las personas que violen las normas contenidas en los Convenios deben ser asumidas por las Altas Partes Contratantes, que se obligan a tomar las sanciones penales adecuadas que se han de aplicar a las personas que hayan cometido o dado orden de cometer una de las infracciones graves contra las personas y bienes protegidos por el convenio<sup>391</sup>.

El DIH impone obligaciones a las personas naturales que pueden ser consideradas como responsables por ‘infracciones graves’ de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I, y por otras violaciones graves de normas y costumbres de la guerra; con la aprobación del Estatuto de la CPI pueden responder por crímenes de guerra cometidos en conflictos no internacionales.

El DIH señala que los Estados tienen la obligación de perseguir, juzgar y sancionar las conductas con las cuales se desconocen tanto la protección debida a las personas no combatientes como las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales o no internacionales. Estas conductas se denominan infracciones graves del DIH o crímenes de guerra.

Cuando se establece la comisión de un crimen de guerra, el Estado debe tomar las medidas necesarias para juzgar a los responsables del hecho. Si el Estado no juzga a los posibles responsables, deberá extraditarlos a efectos de que otro país lo haga, según la regla de *juzgar o dar a juzgar (judicare aut dedere – aut dedere, aut punire)*.<sup>392</sup>

---

<sup>391</sup>PRIMER CONVENIO, arts. 49 y 50.

<sup>392</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO, Red Nacional de Promotores de Derechos Humanos; DIH. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá D.C., 2005.

Según el DIDH, las personas naturales no tienen deberes específicos, como sí los tiene el Estado de garantizar los DH, pero pueden ser declaradas responsables penalmente por violaciones que pueden constituir crímenes internacionales, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y la tortura, entre otros. Los Estados tienen la obligación de investigar, perseguir, juzgar y sancionar las conductas con las cuales se desconocen los DH de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción territorial.

A nivel internacional, los mecanismos sancionatorios de carácter penal los tiene la CPI, que conoce de los crímenes de mayor gravedad para la humanidad con carácter complementario, y por hechos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia.

En el ámbito no penal, los mecanismos sancionatorios son facultad del Tribunal Europeo, establecido por los países pertenecientes a la comunidad europea, los árabes y la CoIDH, creada por el Pacto de San José de Costa Rica, para los Estados partes de la Organización de Estados Americanos –OEA–, esto es, los países del cono sur, de centro américa y norte américa, que a su vez pertenecen a lo que se ha denominado el Sistema Regional de Derechos Humanos.

Estos organismos de carácter internacional se encargan de investigar las violaciones de los DH contenidos en la Convención, y en caso de encontrarse probada la vulneración, declaran la responsabilidad internacional, ya sea por acción, por omisión, por falta de garantías o por violación directa de los derechos en contra del Estado.

Boaventura DE SOUSA afirma que *“la gran mayoría de la población no es sujeta de derechos humanos, sino el objeto de los discursos de los derechos humanos”*, y se plantea el interrogante de si *“la hegemonía de la que goza hoy el discurso de los derechos humanos es el resultado de una victoria histórica o, por el contrario de una derrota histórica”*<sup>393</sup>.

Históricamente, los DH se han ido transformando en un discurso sobre la dignidad humana de acuerdo con intereses económicos y políticos en un momento determinado. En Colombia se incorporó el discurso de la dignidad humana<sup>394</sup> por primera vez en la constitución de 1991. Sin embargo, se puede observar que el sistema económico neoliberal y el capitalismo salvaje de los monopolios, oligopolios y el sistema económico, contradicen el discurso de los DH y de la dignidad.

---

<sup>393</sup> DE SOUSA SANTOS. *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, Colección de Justicia, 2014.

<sup>394</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991. “Artículo 1. Colombia es un Estado Social de Derecho [...] fundada en el respeto de la dignidad humana”.

El autor considera que los DH se sostienen en cinco espejismos:

- 1) La *teología*, en la medida en que acciones de opresión fueron reconfiguradas como acciones emancipadoras si se realizaron en nombre de los derechos humanos.
- 2) El triunfalismo, en la medida en que la idea del triunfo de los DH es un bien humano incondicional.
- 3) La *descontextualización*, en cuanto reconoce que los DH provienen de la Revolución francesa y la Revolución americana, olvidando que se han utilizado como discurso y como arma política en contextos contradictorios.
- 4) El *monolitismo*, en cuanto minimiza las tensiones y las contradicciones de los DH, empezando por la denominación de derechos del hombre y del ciudadano, ya que parte de una ambigüedad en cuanto se plantea, por un lado, los DH; y por otro, los del ciudadano, que excluyen a los no ciudadanos.
- 5) El quinto espejismo es el *antiestatismo*, en la medida en que se ha considerado que los DH, para ser respetados, solo requieren del Estado una actitud negativa, esto es, no actuar, de tal manera que viole los DH, lo que en otras palabras es la violación de los derechos por omisión.

DE SOUSA considera que los DH son universalmente válidos con independencia de su entorno social, político y cultural, lo que contribuye a perpetuar los males que pretende combatir; son la única gramática para confrontar las *patologías del poder*. La doble moral, para evaluar el cumplimiento de los DH, de ninguna manera socava su validez universal pues estos parten de la idea de dignidad humana, a pesar de los diferentes contenidos que muchas veces se contradicen entre sí (p. 33).

Una de las contradicciones que llama la atención en el tema de DH es que, a nivel del DIH, no solamente es comprensible su violación, sino su legitimación, ya que el derecho de hacer guerra está implícito en los derechos de los Estados que suscriben los convenios y tratados internacionales, y el coste de este derecho no es otra cosa que la violación de los DH y la dignidad humana.

El discurso de los DH ha servido de instrumento para fortalecer los sistemas económicos y hacer creer que la función de los Estados es garantizarlos, a pesar de que las desigualdades sociales contradicen este discurso.

El discurso de los DH, dirigido a las víctimas de masacres, torturas, asesinatos, es efectivo si se imparte justicia a través del Derecho penal, en la medida en que no deje en la impunidad

la comisión de estas conductas y en que se impongan penas ejemplares, con lo cual se vende la idea de que el Estado vela por los DH.

Los DH y el DIH son un discurso hegemónico para incorporar en el ideario social que el Estado vela por la seguridad de sus integrantes, y en ese sentido, la seguridad adquiere el supra valor que contradice los derechos en sí mismos, pero que ha sido la base para justificar políticas de limitación.

Es así como en Colombia, a pesar de que existe un discurso sobre DH, la guerra ha prevalecido durante décadas; esto, justamente por la política de seguridad para garantizarlos, pero que realmente, a partir de dicho compendio normativo, lo que se busca es proteger a los Estados y a las clases políticas y económicas que manejan.

Cuando se propone la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, cuyo componente prioritario es el principio de verdad, vemos que esto es una ilusión, porque no se va a conocer la realidad de lo sucedido, pues los autores estatales de las graves violaciones de DH, claro, no la van a contar. Se necesita un discurso que permita legitimar las violaciones de los DH que se han cometido en Colombia; para ello, el mismo Estado, a través de su ente acusador, es el que construye el contexto histórico que, *per se*, está viciado de objetividad.

### **2.2.3. De la Jurisdicción Penal Internacional (JPI).**

A Finales de la I Guerra mundial<sup>395</sup> surge la necesidad de crear una jurisdicción penal de carácter internacional, por lo que se crea una comisión investigadora internacional por parte de los países aliados durante la conferencia de paz preliminar en París, en 1919, para el juzgamiento del káiser alemán Guillermo II, y el de otros oficiales por crímenes cometidos contra las leyes y costumbres de la guerra<sup>396</sup>. La Comisión suministró una lista de 895 presuntos criminales, pero por razones de tipo político no se continuó con estos juzgamientos<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> Un antecedente más remoto que, para algunos, constituye el primer juicio internacional ocurrió en 1474, con el juzgamiento de Peter von Hagenbach por la perpetración de atrocidades durante la ocupación de Briesach, Alemania. Veintisiete jueces del Santo Imperio Romano Germánico lo juzgaron por violar las “Leyes de Dios y el hombre” y lo condenaron a muerte. NEIER, A. *War Crimes*, Ed. Random House, Toronto, 1998, p. 12 y ss. En este libro se resume la historia de las Leyes de la guerra desde la antigüedad. Ver también BASSIOUNI, C. “De Versalles a Ruanda en 75 años”, Revista de la Universidad de los Andes, Bogotá, 1999. Disponible en: <http://www.iccnw.org>; <http://www.un.org/law/icc/>.

<sup>396</sup> VAHAKN, N. *Genocide as a problem of national and international law: The World War I, the Armenian Case and its contemporary legal ramifications*, 1989. En (14) Yale Journal of International Law 221.

<sup>397</sup> La negociación del Tratado de Sevres (1920) entre los Aliados y Turquía, que contenía una “Declaración de Amnistía” por todas las ofensas cometidas entre el 1 de agosto de 1914 y el 20 de noviembre de 1922, el cual

Durante la II Guerra Mundial, en enero de 1942, en la Declaración de Saint James<sup>398</sup>, la Comisión de las Naciones Unidas de Crímenes de Guerra creó un cuerpo investigador como un primer paso para la conformación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Este proceso fue controvertido, no solo por ser instaurado por potencias victoriosas, sino porque el organismo que las convocaba no tuvo aceptación por parte del estado nacional de los procesados, incluyendo el Tribunal de Tokio. En este último, adicionalmente, quien cometió graves violaciones contra la humanidad fue Estados Unidos, que lanzó la bomba atómica contra la población de Hiroshima y Nagasaki.

Desde el origen mismo del DPI, se podía vislumbrar lo que sería en el futuro: son los países ocupantes y los países victoriosos los que criminalizan a los combatientes de los grupos vencidos y elevan sus actuaciones dentro de la guerra a nivel de graves crímenes contra la humanidad. Podríamos afirmar en este contexto que el requisito más importante para ser judicializado por crímenes de guerra es ser vencido. Sin embargo, a partir de estas contradicciones se erigió la actual Jurisdicción penal internacional.

En 1948, las Naciones Unidas adoptan la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio, que la define como acto criminal conductas cometidas con la intención de destruir un grupo racial, étnico o religioso, pero la Corte Penal, para conocer de este delito, no fue creada en ese momento.

En 1992 la limpieza étnica en provincias de Yugoslavia y la política de exterminio étnico en Ruanda en 1994 fortalecieron la posibilidad de la creación de un Tribunal Penal Internacional permanente que juzgara a los responsables de graves crímenes, dando nacimiento a la CPI, como instrumento para combatir la impunidad con carácter complementario de los sistemas penales nacionales.

Estos y otros antecedentes que he presentado desde el inicio de esta investigación, a diferencia de lo planteado por quienes afirman que son antecedentes de la JTr, configuran los antecedentes de la justicia penal internacional que busca condenar a los máximos responsables de la comisión de crímenes de conocimiento de la Corte con el fin de que sus actos delictivos

---

nunca fue ratificado y, posteriormente, por la ratificación del Tratado de Lausanne, que otorgó amnistía a los oficiales turcos involucrados como condición para la paz. Ver SCHABAS, W. "An introduction to the international criminal court. Ed. Cambridge University Press, New York, 2004, p. 3 y ss.

<sup>398</sup> United Nations War Crimes Commission. History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War 89-92 (1948).

no queden en la impunidad, de proteger los valores de la dignidad humana y el repudio a la barbarie.

El 17 de julio de 1998, en Roma, 160 países decidieron establecer una CPI permanente. Su importancia radica en el impacto que tiene en las legislaciones internas, concretamente en la administración de justicia, y por ello, la importancia de los alcances del Estatuto de Roma y las implicaciones de los crímenes cometidos en Colombia<sup>399</sup>.

La CPI, según SATZGER<sup>400</sup>, se crea como reacción a las críticas contra los Tribunales de Ruanda y Yugoslavia porque la persecución penal era selectiva y no abarcaba la totalidad de los crímenes internacionales cometidos.

Es el reconocimiento de un conjunto de graves violaciones a los DH y al DIH con el fin de constituir un *core delicta iuris gentium*<sup>401</sup>, es decir, el cuerpo fundamental de “graves crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones”<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, p. 85.

<sup>400</sup> SATZGER, H. *El Código alemán de Derecho penal Internacional (völkerstrafgesetzbuch) entre los principios de legalidad y complementariedad. En la crisis del principio de legalidad en el Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Ed. Marical Pons, Madrid, 2012, p. 355.

<sup>401</sup> La expresión *delicta iuris gentium* fue acuñada en el juicio contra Adolph Eichmann por la Corte de Israel al señalar la necesidad de contar con una Jurisdicción universal para juzgar crímenes atroces en los siguientes términos: “Los crímenes atroces se definen como tales tanto en el derecho de Israel como en el de otras naciones. Aquellos crímenes cuya comisión afecta a toda la humanidad y ofende la conciencia y el derecho de todas las naciones constituyen “*delicta iuris gentium*”. Por lo tanto, el derecho internacional antes que limitar o negar la Jurisdicción de los Estados con respecto a tales crímenes, y en ausencia de una corte internacional para juzgarlos, requiere que los órganos legislativos y judiciales de cada Estado creen las condiciones para llevar a estos criminales a juicio. La Jurisdicción sobre estos crímenes es universal” (Traducción no oficial). En Cr.C (Jm) 40/61, *The State of Israel v. Eichmann*, 1961, 45 P.M.3, part. II, para. 12, citado por BROWN, B. “The Evolving Concept of Universal Jurisdiction”. *New England Law Review*, Vol 35:2, p. 384. Ver también: [http://www.nizkor.org/hweb/peo\\_ple/eichmann-adolph/transcripts/judgement-002/html](http://www.nizkor.org/hweb/peo_ple/eichmann-adolph/transcripts/judgement-002/html). El término “core” fue adicionado posteriormente para referirse al conjunto de crímenes que como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra más graves son objeto de Jurisdicción universal por los Estados, independientemente de la nacionalidad del autor o de las víctimas y del lugar en donde fueron cometidos, incluidos la piratería, la esclavitud, la tortura y el apartheid. El Estatuto de Roma reconoce la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre algunos de esos crímenes.

<sup>402</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-578 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa



Dentro de su normatividad establece de manera clara y firme que la pena a imponer por esta clase de crímenes contra la humanidad está configurada como prisión, inclusive hasta la imposición de la cadena perpetua, dependiendo de la gravedad y del autor.

De conformidad con el artículo 9 de la Constitución Política de Colombia, “las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional (...) y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”, dentro de los cuales se encuentran el principio de *pacta sunt servanda*<sup>403</sup>.

En Colombia la CPI adquirió jurisdicción penal por crímenes cometidos por graves violaciones contra el DIDH mediante la Ley 742 del 05 de junio de 2002<sup>404</sup>, y para los crímenes de guerra, siete años después, debido a que el gobierno colombiano se acogió al artículo 124 del Estatuto, en cuanto no serían competencia de la CPI estos crímenes, sino siete años después de entrada en vigencia del Estatuto de Roma al país.

Estableció el Estatuto que la competencia de la Corte Penal se limitaría a “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”<sup>405</sup>. Significa esto que el máximo bien jurídico que se tutela en el estatuto es *la comunidad internacional en su conjunto*.

En este sentido, considero que existe una limitación en la Jurisdicción internacional, pues si se cometen graves crímenes contra poblaciones o grupos de personas que no se consideren *de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*, no serán cobijados por esta. Es así como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, cuando es reglamentado, son de competencia de la Corte Penal.

Lo importante en este sentido es determinar qué o quiénes constituyen la comunidad internacional, ¿Los Estados partes o los seres humanos? Esto es determinante para definir qué se protege a través de esta jurisdicción.

Si se afirma que *la comunidad internacional* son los Estados Partes que suscribieron el Estatuto, igualmente surge la inquietud de ¿qué pasa cuando esas graves violaciones las

---

<sup>403</sup> ONU. “Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados”. 23 de mayo de 1969. Ratificada por Colombia y aprobada como legislación interna mediante la Ley 32 de 1985, art. 27. Disponible en: [http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/Convencion\\_Viena.pdf](http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf).

<sup>404</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 742 del 05 de junio de 2002. Publicado en el Diario Oficial No. 44.826 de junio 7 de 2002.

<sup>405</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 742 de 2002, art. 5 N° 1.

cometen quienes no hayan suscrito el Estatuto? o ¿qué pasa cuando esas graves violaciones recaen sobre quienes no suscribieron el convenio?

En ambos casos, no tiene jurisdicción la CPI. Lo mismo sucede con un Estado que no suscribió el convenio y que comete violaciones graves contra otro Estado que tampoco lo suscribió, por lo que no pueden ser juzgados por esta entidad.

Si en tratándose de Estados se generan estas dificultades, las que se generan si entendemos por *comunidad internacional* a los seres humanos son aún mayores: si los seres humanos pertenecen a los Estados que no hacen parte de aquellos Estados que suscribieron el Estatuto, no están cobijados por esta jurisdicción; si los seres humanos hacen parte de un Estado que suscribió el Estatuto pero es el mismo Estado parte el que ha cometido graves violaciones a los DH, el problema radica en determinar si es el Estado el que hace parte de la comunidad o si son las personas.

Si es el Estado, entonces todas las personas que actúen bajo la responsabilidad del Estado y que cometan este tipo de crímenes estarían sujetos a esta jurisdicción. Si es el Estado, pero las personas que cometen estos crímenes no lo reconocen como tal, como por ejemplo los grupos de insurgencia, que buscan derrocar el régimen legal y constitucional, precisamente porque no lo reconocen, podría pensarse que no estarían cobijados por la JPI; caso en el cual se podría considerar un grupo de personas que no hacen parte de la Comunidad internacional.

Si se entiende por ‘Comunidad internacional’ a los Estados partes, los grupos insurgentes o rebeldes de esos Estados no harían parte de esa comunidad internacional. No hacer parte significa que no podrían ser juzgados, ni tampoco se les podría reconocer como víctimas de graves violaciones de DH en los términos de la jurisdicción de la Corte Penal.

En términos generales, la competencia de la CPI en Colombia tiene muchas limitaciones:

La primera, porque puede conocer de crímenes de lesa humanidad y de genocidio cometidos solamente desde el 1 de noviembre del año 2002, fecha en la que se aprobó mediante Ley 742<sup>406</sup>.

---

<sup>406</sup> CPI. “Estatuto de Roma”. Aprobado mediante Ley 742 de 2002. “Artículo 11. Competencia temporal 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto”.

La segunda, porque solo puede conocer de crímenes de guerra cometidos siete años después, es decir, desde el año 2009, en virtud del artículo 124 del Estatuto.

La tercera, porque no está muy clara la jurisdicción en relación con grupos insurgentes que no han reconocido al Estado como tal y que lucharon contra él para derrocarlo.

La cuarta, porque no está tan claro en el Estatuto de Roma a quién se protege: si a la Comunidad internacional o a la humanidad. Si es a la primera, solo cobijaría a los Estados Partes; y si es a la segunda, no solamente los seres humanos de los Estados que no suscribieron no estarían cobijados, sino muchos otros seres humanos que no están amparados por ningún Estado. Ahora bien, estar amparado por un Estado parte tampoco es garantía de que estos crímenes no sean cometidos por el mismo.

De todas maneras, si la Corte conoce de los “crímenes más graves de trascendencia para la Comunidad internacional”, entendida esta última como los Estados Partes, es claro que busca proteger los intereses de estos Estados y gran parte de la humanidad que está por fuera de esta jurisdicción.

Por su parte, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del Estatuto de Roma, y manifestó la obligación de concertar la legislación interna con los estándares internacionales mínimos de protección en materia de DH y DIH, para definir sanciones y procedimientos penales de graves crímenes.

Considera que de acuerdo con el Estatuto de Roma, la soberanía de los Estados es limitada

*“porque es la Corte Penal Internacional –y no cada Estado Parte– quien decide cuándo un Estado no está dispuesto o no ha sido capaz de ejercer su jurisdicción. En segundo lugar, porque el análisis de la existencia de una causal de incapacidad o de indisposición de un Estado, supone que la Corte examinará las condiciones bajo las cuales el Estado ha ejercido o ejerce su Jurisdicción. En tercer lugar, porque el ejercicio de las competencias soberanas de los Estados para definir las sanciones y procedimientos penales de graves violaciones a los derechos humanos tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra, deberá hacerse de tal forma que resulte compatible con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y con los fines de lucha contra la impunidad que resalta el Estatuto de Roma. En cuarto lugar, porque cuando la Corte Penal Internacional admite un asunto, la jurisdicción nacional pierde competencia sobre el mismo. Por lo anterior, es necesario examinar dichas limitaciones”*<sup>407</sup>.

---

<sup>407</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-578 de 2002, p. 177.

Por lo anterior, es importante aclarar que la competencia de la CPI, no solamente por factor funcional, sino temporal y residual, es muy limitada.

En la sentencia C-578 de 2002, sobre control previo al Estatuto de Roma que fue elevada a Ley 742 del 05 de junio de 2002, dice la Corte que el Estatuto de Roma presenta tratamientos diferentes que sólo son aplicables en el respectivo ámbito competencial de la CPI (C-290 de 2012). El Estatuto de Roma presenta ciertos ‘tratamientos diferentes’, los cuales sólo son aplicables en el respectivo ámbito competencial de la CPI, es decir, cuando ésta, en virtud del principio de complementariedad, asuma su competencia. La Corte Constitucional ha considerado que el Estatuto de Roma presenta determinados artículos que resultan incompatibles con ciertos artículos de la Carta Política. Sin embargo, no procedió a declararlos inexecutable, por cuanto con antelación había sido modificada la Constitución (Acto Legislativo 02 de 2001), a efectos de facilitar el proceso de incorporación del instrumento internacional al ordenamiento jurídico interno (C-578 de 2002). De igual manera, según la Corte

*“las normas del Estatuto surten efectos dentro del ámbito de la competencia de la Corte Penal Internacional. Las disposiciones en él contenidas no remplazan ni modifican las leyes nacionales de tal manera que a quien delinca en el territorio nacional se le aplicará el ordenamiento jurídico interno y las autoridades judiciales competentes al efecto son las que integran la administración de justicia colombiana”.*

### **2.3. Crímenes contra el DIH y los DH.**

La Comunidad internacional, incluso desde el siglo XIX, ha tratado de buscar la protección de bienes jurídicos, especialmente importantes y ha buscado la manera de sancionar penalmente a los responsables. El Acta Final del Congreso de Viena de 1815, intentó proscribir la esclavitud, pero en 1927, es decir un siglo después, este rechazo quedó plasmado, finalmente en la Convención sobre la esclavitud en el Convenio IV de Ginebra en 1949, en el artículo 3 común con de los Convenios de Ginebra y por el Protocolo II, Artículo 4. Otro caso que se consideró previamente a la Convención de Ginebra y también de origen consuetudinario, fue la sanción a la piratería en altamar<sup>408</sup>.

De la misma manera surge la necesidad de regular el uso de la fuerza mediante reglas que garantizaran el tratamiento digno a los prisioneros y la prohibición del uso de ciertas armas.

---

<sup>408</sup> CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL, Asunto Lotus (Francia/Turquía), fallo del 7 de septiembre de 1927, opinión individual del juez Moore. En este caso, se afirmó con respecto al crimen de piratería; “el derecho o el deber de velar por el orden público no pertenece a ningún país en especial [...] cualquier país, en el interés de todos, puede ejercer Jurisdicción y castigar”.

Este aspecto del derecho de la guerra fue recogido por los convenios de la Haya de 1899 y 1907 y los Convenios de Ginebra de 1925 y 1929; siendo el mayor avance la creación de los Tribunales de Nüremberg y Tokio.

El Estatuto de Roma agrupa los crímenes que la comunidad internacional, a nivel histórico, ha tratado de juzgar, en cuatro clases que están contenidas en el artículo 5º, que preceptúa que los crímenes de competencia de la Corte Penal son el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

Para que estos crímenes puedan ser conocidos por la CPI, cuando se trata de tortura u homicidio, por ejemplo, no es suficiente la mera comisión de estos actos para que se configure el crimen internacional de su competencia. Se requiere un elemento adicional: en el caso del genocidio, que la acción esté dirigida contra un grupo con la intención de destruirlo; en el caso de crímenes de lesa humanidad, se requiere que la acción revista un patrón sistemático o generalizado basado en la característica civil de las víctimas; en el caso de los crímenes de guerra, que la acción ocurra durante un conflicto armado; y finalmente, en los crímenes contra la paz o el crimen de agresión, es necesario que la acción destruya, sin base jurídica legítima, una situación de paz<sup>409</sup>.

#### El Crimen de Genocidio<sup>410</sup>.

La palabra *genocidio* que denota el crimen internacional constituido por la conducta atroz de aniquilación sistemática y deliberada de un grupo humano con identidad propia mediante la desaparición de sus miembros, nace después de la Segunda Guerra Mundial, como reacción contra los intentos del Nacional Socialismo para exterminar al pueblo judío, lo que conllevó a la creación de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó mediante Resolución 260ª de 11 de diciembre de 1948, abierta a la firma y ratificación, o adhesión por la Asamblea General en la

---

<sup>409</sup> SCHABAS, W. "An introduction to the international criminal court. Ed. Cambridge University Press, New York, 2004, p. 21 y ss. Disponible en: [https://www.issafrica.org/anicyj/uploads/Schabas\\_Introduction\\_to\\_the\\_ICC.pdf](https://www.issafrica.org/anicyj/uploads/Schabas_Introduction_to_the_ICC.pdf).

<sup>410</sup> El jurista Rafael Lemkin, en 1944, a inventar el neologismo "genocidio", uniendo la palabra griega "genos" (raza) y el sufijo latino "cide" (matar). Según la Resolución 96 (I) de 11 de diciembre de 1946, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es considerado por la comunidad universal como un delito de Derecho Internacional, contrario al espíritu y a los fines que persigue las Naciones Unidas y que el mundo civilizado condena y que ... en todos los períodos de la historia el genocidio ha infligido grandes pérdidas a la humanidad [...] las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

misma Resolución 260 A (III), que entró en vigor el 12 de enero de 1951, de conformidad con el artículo XIII.

A este respecto, debe además mencionarse que este cuerpo normativo está integrado, por una parte, por el DIDH, el cual, a su turno, está conformado por el conjunto de normas internacionales de índole convencional cuyo objeto y fin es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes".

El genocidio es conocido como el *crimen de crímenes*<sup>411</sup>, y fue Raphael LEMKIN quien consideró que el elemento que diferenciaba al genocidio de otros crímenes era la existencia de un plan sistemático para destruir las bases esenciales de un grupo con el fin de eliminarlo.

*"El objetivo de tal plan debe ser la desintegración de las instituciones políticas y sociales, la cultura, el lenguaje, los sentimientos nacionales, la religión y la subsistencia económica de grupos nacionales, así como la destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad e incluso la vida de los miembros de dichos grupos nacionales. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como tal, y las acciones ejecutadas contra los individuos de dicho grupo se hacen por el solo hecho de pertenecer a dicho grupo nacional"*<sup>412</sup>

Sin embargo, el reconocimiento de la prohibición del genocidio como norma del *ius cogens* lo hizo la Corte Internacional de Justicia<sup>413</sup>.

A la luz de la Convención<sup>414</sup>, se entiende por genocidio la matanza de miembros del grupo; la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento

---

<sup>411</sup> SCHABAS, W. *Genocide in International Law. The crime of crimes*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/blogs/ildiko/files/Genocide-in-International-Law1.pdf>. ISBN 052178262 7. p. 345 y ss

<sup>412</sup> (Traducción). Ver LEMKIN, R. *Axis Rule in Occupied Europe* 79 (1944), citado por RATNER, S. / ABRAMS, J. / BISCHOFF, J. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nuremberg Legacy*. Ed. Oxford University Press, Oxford, 1997, pp. 24 y 25.

<sup>413</sup> Ver SCWEBEL, M. *The treatment of human rights and of aliens in the International Court of Justice, Fifty Years of the International Court of Justice*. Ed. Cambridge University Press, New York, 1996 p. 331. "Los orígenes de la Convención muestran que la intención de las Naciones Unidas consistía en condenar y castigar el genocidio como "un crimen bajo Derecho internacional" que involucra una negación al derecho de existir de grupos enteros de seres humanos, una negación que conmociona la conciencia de la raza humana y genera grandes pérdidas para la humanidad, y que es contraria a la Ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas (resolución 96(I) de la Asamblea General, Diciembre 11 de 1946). La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios presentes en la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena al genocidio y de la cooperación requerida para "liberar a la raza humana de tan odioso escarmiento"(Preámbulo de la Convención)." (subrayado agregado al texto).

<sup>414</sup> CICR. "Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio".

intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de los niños del grupo a otro grupo; perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

#### Los crímenes de lesa humanidad.

El concepto de crímenes de lesa humanidad se refiere a un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática cuyo origen es de carácter consuetudinario. En 1919, los países aliados consideraron hechos como la masacre de armenios por parte de los turcos como “*violatorios de las Leyes y costumbres de guerra y de las leyes elementales de la humanidad*”.

El Tratado de Versalles, suscrito después de la Primera Guerra Mundial, no ordenó juicios de responsabilidad para los perdedores de la guerra, porque oficialmente buscaba poner fin a la Primera Guerra Mundial en la cual Alemania aceptaría todas las responsabilidades por causarla, y los artículos 232-247 del tratado fijaban la indemnización para las potencias vencedoras *la triple entente*, lo que significaba pérdida de una parte de su territorio para Alemania y el reconocimiento de la independencia de Austria. Tuvo mayor importancia el aspecto económico indemnizatorio que los crímenes que se habían cometido.

Después de la II Guerra Mundial, y con el fin de juzgar a los alemanes nazis por crímenes de lesa humanidad, se determinó la conexidad con los crímenes de guerra, con el fin de justificar el juzgamiento *ex post facto*. La extensión de la responsabilidad penal se sustentó en el reconocimiento de que la aplicación de ciertas provisiones sobre crímenes de guerra se realiza a civiles y otras personas protegidas, por lo cual su sanción se justificaba si existía una conexión con algún crimen de guerra o contra la paz de competencia del Tribunal de Nüremberg. Este desarrollo permitió el juzgamiento de 18 líderes nazis por crímenes contra la humanidad, de los cuales 16 fueron condenados y dos (Hess y Fritzche) fueron exonerados. Dos de los 16 condenados (Streicher y von Schirach) fueron juzgados exclusivamente por crímenes contra la humanidad<sup>415</sup>.

Posteriormente, bajo la Ley 10 del Consejo de Control de los Aliados, se juzgaron a oficiales y soldados nazis que se ocultaron por crímenes contra la humanidad, sin la exigencia de

---

<sup>415</sup> BASSIOUNI, C. *De Versalles a Ruanda en 75 años*, Revista de derecho público. Universidad de los Andes (10), Bogotá, 1999, p. 76.

conexidad con los crímenes de guerra. Posteriormente, se aceptó que estos crímenes se pueden presentar “tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz”<sup>416</sup>; y finalmente, fueron desvinculados de la existencia de un conflicto armado en el Estatuto de Roma.

Según el Estatuto, *crimen de lesa humanidad* se refiere a actos<sup>417</sup> que se cometen como parte de un acto generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, justifican y entrañan la responsabilidad penal individual y requieren una conducta impermisible.

Necesariamente se requiere un ataque contra la población civil; esto no significa un ataque militar; significa que la *política de cometer estos actos* requiere que el Estado o la organización promuevan o aliente un ataque de esa índole contra la población civil. Dicha política se lleva a cabo mediante la acción del Estado o la organización, o por omisión deliberada de actuar dirigido conscientemente a alentar o promover un ataque de este tipo.

Para hablar de un crimen de lesa humanidad de conformidad con el artículo 7 del Estatuto, “*el ataque debe consistir en una línea de conducta que comporte la comisión múltiple de actos dirigidos contra la población civil en su conjunto y no contra personas seleccionadas al azar*”<sup>418</sup>, debe ser de naturaleza generalizada y sistemática y no consistir en actos de violencia aleatorios o aislados.

El adjetivo *generalizado* se refiere a “la naturaleza a gran escala del ataque y al número de personas a las que va dirigido”<sup>419</sup>, mientras que el adjetivo *sistemático* se refiere a la “naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de que hayan ocurrido

---

<sup>416</sup> CICR. *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, art. I, b).

<sup>417</sup> Asesinato; exterminio; esclavitud; deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; tortura; violación; esclavitud sexual; prostitución forzada; embarazo forzado; esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos; raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de competencia de la Corte; desaparición forzada de personas; se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; el crimen de Apartheid.

<sup>418</sup> Situation in the Republic of Cote d’Ivoire, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Cote d’Ivoire,” 3 de octubre de 2011, ICC-02/11-14, (en adelante “PTC-III Cote d’Ivoire Investigation Decision”), párrs. 31 a 33.

<sup>419</sup> PTC-III Cote d’Ivoire Investigation Decision (traducción no oficial), párr. 53.



de manera aleatoria”<sup>420</sup>. El ataque debe haber sido llevado a cabo de acuerdo con una política de Estado que puede ser Regional o Local.

A efectos del Estatuto, organizaciones no vinculadas con un Estado pueden elaborar y llevar a cabo una política cuyo fin sea cometer un ataque contra una población civil. “Dicha política puede ser diseñada o por grupos que gobiernan un territorio específico, o por una organización que tenga la capacidad de cometer un ataque a gran escala o sistemático contra una población civil. La política no tiene por qué estar definida expresamente por el grupo que la organiza”<sup>421</sup>. La determinación de si un grupo puede ser considerado organización de conformidad con el Estatuto debe de hacerse caso por caso.<sup>422</sup>

*Crimen de asesinato:* para que se configure su elemento objetivo es necesario que el autor:

- . Haya dado muerte a una o más personas.
- . Se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático.
- . Su realización haya sido con conocimiento de dicho ataque.
- . Que dicho ataque forme parte de una línea de conducta que comporte la comisión múltiple de actos “de conformidad con una política de Estado o de una organización de cometer ese ataque”.
- . Dicho ataque no tiene por qué constituir un ataque militar<sup>423</sup>.

*Traslado forzoso de población:* para que se configure además es necesario:

- . El traslado de una o más personas mediante expulsión o actos coactivos
- . Que estas personas estén legítimamente en la zona<sup>424</sup>.

*Encarcelación u otra privación grave de la libertad:* para que se configure esta conducta de acuerdo con el Estatuto:

---

<sup>420</sup>PTC-III Cote d’Ivoire Investigation Decision (traducción no oficial), párr. 54.

<sup>421</sup>PTC-III Cote d’Ivoire Investigation Decision (traducción no oficial), párr. 45.

<sup>422</sup>Traducción no oficial. The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, “Decision on the Confirmation of Charges,” Situation in the Democratic Republic of Congo, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07-717, párr. 396.

<sup>423</sup>CPI. *Informe de Fiscalía* / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012. Item 52, p. 17.

<sup>424</sup>CPI. *Informe de Fiscalía* / ..., op. cit., Item 60. P. 20

- . El autor tiene que haber encarcelado a una o más personas.
- . haberlas privado gravemente de su libertad física.
- . La gravedad de la conducta debe ser tal que viole normas fundamentales del Derecho Internacional.

*Desaparición forzada:* este crimen requiere:

- . Que el autor haya aprehendido o detenido a una o más personas
- . Que el autor se haya negado a reconocer la aprehensión o detenido, seguido de una negativa a reconocer la privación de la libertad o a dar información sobre el paradero de esas personas.
- . Que el acto haya sido realizado por un Estado una organización política o con su autorización, apoyo o aquiescencia.
- . Es necesario que el grupo armado pueda considerarse como una organización política.
- . Que la aprehensión o la detención se haya realizado en nombre del Estado o de la organización política o con su autorización o aquiescencia.
- . Que la negativa a reconocer la detención o aprehensión o dar información sobre el paradero de la(s) persona(s) se realice en nombre del Estado u organización.

### Crímenes de guerra

Si bien se ha reconocido el genocidio como el crimen de crímenes contra la humanidad, también se acordó en el Estatuto de Roma la prohibición de conductas atroces cuya sanción se puede lograr a través de jueces nacionales o internacionales de manera complementaria. El crimen de guerra incorporó un conjunto de conductas<sup>425</sup> consideradas como actos atroces que se incorporaron en el artículo 3° común a los Convenios de Ginebra de 1949, que dice:

---

<sup>425</sup>CPI. *Estatuto de Roma*. , art. 8. i) Matar intencionalmente; ii) Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii) Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv) Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v) Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una Potencia enemiga; vi) Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii) Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; viii) Tomar rehenes; b) Otras violaciones graves de las Leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir,

---

objetos que no son objetivos militares; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados; iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas de vidas, lesiones a civiles o daños a objetos de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio natural que sean claramente excesivos en relación con la ventaja militar general concreta y directa que se prevea; v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares; vi) Causar la muerte o lesiones a un enemigo que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción; vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio; ix) Los ataques dirigidos intencionalmente contra edificios dedicados al culto religioso, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares; x) Someter a personas que estén en poder del perpetrador a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo; xii) Declarar que no se dará cuartel; xiii) Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga; xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado a su servicio antes del inicio de la guerra; xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto; xvii) Veneno o armas envenenadas; xviii) Gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo; xix) Balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones; xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123; xxi) Cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, en particular tratos humillantes y degradantes; xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra; xxiii) Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares; xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios, y contra personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; xxv) Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra; xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades; iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables. d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por lo tanto no se aplica a situaciones de disturbios o tensiones internos, tales como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. e) Otras violaciones graves de las Leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población

*“Artículo 3- Conflictos no internacionales. En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”.*

A diferencia del derecho de La Haya, que determina los métodos de la guerra y el comportamiento de los combatientes, el derecho de Ginebra se refiere a dos aspectos fundamentales: la protección a las personas y bienes que deben gozar de una protección especial, que fueron ampliados en los Protocolos I y II de 1977.

La CPI tiene competencia para conocer de los crímenes de guerra, cuando se comentan como parte de un plan o política, o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

Según el artículo 8 del Estatuto de Roma, los crímenes de guerra se configuran por las:

*“a) Infracciones graves de los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 [...] b) Otras violaciones graves de las Leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional [...] c) En caso de conflicto armado que no sea de*

---

civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y vehículos sanitarios y contra el personal habilitado para utilizar los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional; iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados; iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto.

*índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 [...] d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos .e) Otras violaciones graves de las Leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional [...] f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”.*

El Estado Colombiano, en el Caso Rodríguez Vera y (otros desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia<sup>426</sup>, alegó que *“el derecho aplicable es el Derecho Internacional Humanitario, no como norma complementaria [del] DIDH [...] sino como norma especial, principal y excluyente”*, por lo cual la Corte no podría pronunciarse sobre ciertos hechos y derechos.

La Comisión afirmó que no pretende que la Corte aplique las normas del DIH, y señaló que la Corte, en diversas oportunidades, ha hecho referencia a principios de DIH *“únicamente con la finalidad de orientar la decisión de si el Estado en cuestión incurrió o no en violación de la Convención Americana”*<sup>427</sup>, a lo cual está llamada también en el presente caso.

A nivel de la CoIDH, desde el caso Las Palmeras vs. Colombia, esta ha indicado que

*“las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra podían ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana. Por tanto, al examinar la compatibilidad de las conductas o normas estatales con la Convención, la Corte puede interpretar a la luz de otros tratados las obligaciones y los derechos contenidos en dicho instrumento. En este caso, al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar*

---

<sup>426</sup>CoIDH. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) Vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C N° 287, p. 17. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_287\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf).

<sup>427</sup>CoIDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones). Serie C N° 9., p. 9. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_259\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf).

*las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales”.*

En este orden de ideas, se pretende con este argumento del Estado colombiano legitimar las graves violaciones contra el DIDH, amparándose en las normas del DIH.

#### *Crimen de agresión.*

A pesar de que no hay consenso todavía sobre su contenido expreso como crimen internacional, los Convenios de La Haya de 1899 y 1927, y los Convenios de Ginebra de 1925 y 1929, han tratado de regular el uso de la fuerza como medio para que los Estados hagan valer sus derechos y protejan sus intereses.

Un primer intento se presentó en la Primera Guerra Mundial, para el Juzgamiento del Káiser Guillermo “por una ofensa suprema contra la moralidad internacional y la santidad de los tratados y en Nüremberg y Tokio los Jefes y Organizadores del Eje fueron procesados y condenados por ‘crímenes contra la paz’ del artículo 6(a) del Estatuto de Nüremberg.

#### **2.4. Alcance y ámbito de aplicación de los crímenes de Competencia de la CPI en la LJP**

Sin omitir referencia necesaria para la contextualización, nuestro objeto de estudio en este tema, se limitara a establecer el alcance de la Jurisdicción penal internacional en el ámbito de la LJP, esto es, respecto de miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que fueron postulados a la LJP.

El castigo, la justicia retributiva y la no impunidad son los presupuestos fundamentales para la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, mientras que la pena alternativa que oscila entre cinco y ocho años para los postulados que se hayan desmovilizado y *contribuyan a la reconciliación nacional*<sup>428</sup> y cumplan los principios de verdad, justicia y reparación, son los presupuestos de la LJP.

Este tema lo abordaremos mediante el análisis de tres aspectos:

*El primero*, es determinar si se pueden juzgar o no a los postulados de la LJP bajo los estándares de la Jurisdicción penal internacional, contenida en el Estatuto de Roma.

---

<sup>428</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, art. 2.

*El segundo*, es definir si la CPI puede asumir competencia sobre crímenes que hayan sido de conocimiento de LJP, y

El *tercero*, es establecer si los estándares de la jurisdicción penal son compatibles con los presupuestos de la LJP: verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición.

El *Reporte Intermedio sobre la Situación de Colombia*<sup>429</sup>, presentado por la Fiscalía de la CPI, aclaró que la Corte puede ejercer su competencia sobre delitos cometidos en el territorio de Colombia o por sus nacionales desde el 1 de noviembre del 2002, tras la ratificación por Colombia del Estatuto de Roma el 5 de agosto de 2002, excepto respecto de los crímenes de guerra cometidos, frente los cuales tiene competencia desde el 01 de noviembre de 2009, en virtud del artículo 124 del Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma, como parte del ordenamiento del Derecho penal internacional, tiene competencia para el procesamiento y juzgamiento de personas que han cometido el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, bajo el presupuesto de que la gravedad de estos crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, y en consecuencia, son conductas delictivas que no deben quedar sin castigo para poner fin a la impunidad de los autores y contribuir a la prevención de nuevos crímenes.

La competencia de la CPI es de carácter residual, esto es, que tiene carácter complementario<sup>430</sup> de las jurisdicciones nacionales. Lo que significa que no tendrá competencia para conocer si a nivel de la jurisdicción penal de cada Estado parte se aplica la ley interna.

Como principio general, el Estatuto de Roma establece que son los Estados quienes deben ejercer, en primer lugar, sus competencias penales contra quienes puedan ser responsables de la realización de las conductas descritas en los artículos 5° a 8° del Estatuto y se encuentren en su territorio. Sin embargo, cuando un Estado parte del Estatuto se niegue (indisposición) o no pueda (incapacidad) investigar o enjuiciar a estas personas, la CPI puede hacerlo. Por eso, se entiende que la CPI es complementaria de las jurisdicciones penales nacionales.

---

<sup>429</sup> CPI. *Informe de Fiscalía / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia*, 2012.

<sup>430</sup> CPI. *Estatuto de Roma*. Los artículos 1, 17, 19 y 20 hacen referencia al carácter complementario de la Jurisdicción y competencia de la CPI.

El término *competencia* se refiere a la delimitación del ámbito de ejercicio de la Jurisdicción de la CPI. Dicho ámbito es definido con base en criterios tales como los crímenes de los cuales puede conocer la CPI (*ratione materiae*)<sup>431</sup>, el momento de comisión de las conductas a partir del cual puede conocer de ellas (*ratione temporis*)<sup>432</sup>, el lugar de ocurrencia de los hechos que determina si la Corte puede o no ejercer sus funciones (*ratione loci*)<sup>433</sup> y la nacionalidad de las personas que están sujetas a su jurisdicción (*ratione personae*)<sup>434</sup>.

La Corte puede ejercer su jurisdicción solo en cuatro escenarios: (1) cuando existe indisposición del Estado parte para investigar y juzgar (art. 17.1 ER); (2) cuando constata que existe *incapacidad* del Estado para investigar o juzgar por un colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia (art. 17.3 ER); (3) cuando el procedimiento interno se hubiere llevado a cabo con el *propósito de sustraer* a la persona de su responsabilidad penal (art. 20.3, lit. a) ER); (4) cuando el procedimiento interno no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial, de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, o lo hubiere sido de forma incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (art. 20.3, lit. b ER).

De acuerdo con la competencia de la Corte Penal, tenemos que los postulados a la LJP no hacen parte de la Jurisdicción penal internacional, por virtud del carácter residual que tiene la Corte, en tanto existe una jurisdicción interna que está juzgando los crímenes cometidos; y en lo que hace relación a los estándares que regulan esta jurisdicción con los de la LJP, los principios que la regulan son distintos en tratándose de investigación, juzgamiento y condena

---

<sup>431</sup>CPI. *Estatuto de Roma*. Se refiere a los crímenes que pueden ser investigados y juzgados por ésta: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión, regulados por los artículos 5 a 8 del Estatuto.

<sup>432</sup>CPI. *Estatuto de Roma*. La competencia *ratione temporis* se encuentra regulada por los artículos 11, 12 (3) y 24 del Estatuto y establece que la CPI no podrá ejercer su jurisdicción sobre crímenes cometidos antes de su entrada en vigor.

<sup>433</sup>CPI. *Estatuto de Roma*. La competencia *ratione loci*, la regula el Estatuto de Roma en el artículo 4.2, al señalar que la Jurisdicción de la Corte se ejercerá “en el territorio de cualquier Estado Parte” independientemente de la nacionalidad de la persona sindicada de realizar alguno de los crímenes mencionados o la de las víctimas, que se encuentre en el territorio de cualquier Estado Parte, o en el territorio de un Estado no Parte que la acepte mediante “acuerdo especial” o en el territorio de un Estado designado por el Consejo de Seguridad, artículo 13 b del Estatuto.

<sup>434</sup>CPI. *Estatuto de Roma*. La competencia *ratione personae*, resulta relevante para el caso de nacionales de un Estado no Parte que se encuentren en el territorio ese Estado y que acepte, ad hoc, la jurisdicción de la CPI de conformidad con el artículo 12.2 del Estatuto.



de justicia retributiva en el ámbito de la Corte Penal y de investigación, juzgamiento y condena en busca de la paz y la reconciliación.

El mismo reporte indica que no tiene competencia la Corte Penal frente a los grupos paramilitares, puesto que comenzaron a desmovilizarse desde el año 2006, fecha en la cual la Corte aún no tenía competencia para conocer de los crímenes de guerra, y por lo tanto, no se los considera parte en el conflicto desde el 01 de noviembre de 2009, fecha en la que asume competencia.

Frente a este planteamiento, la Fiscalía de la CPI acepta la tesis en virtud de la cual los grupos paramilitares son actores del conflicto armado. Difiero de ello, porque la guerra en este país ha tenido dos actores del conflicto: el Estado y la subversión. Los grupos de autodefensas, como ya se ha indicado, han coadyuvado al Estado en su política de guerra contra la guerrilla; y como tal, no se configuran como actores autónomos del conflicto.

Es así como, en el mismo reporte, se indica que

*“existe fundamento suficiente para creer que los actos descritos se cometieron conforme a una política adoptada al menos a nivel de ciertas brigadas de las fuerzas armadas que constituye una política del Estado o de una organización para cometer esos crímenes”*<sup>435</sup>.

Esto significa que dentro de la política del Estado para enfrentar a los grupos de subversión se incorporó el paramilitarismo, aparentemente como actores independientes de las fuerzas militares y de la política de Estado para cometer crímenes, pero que en la LJP sí se postularon como grupos armados organizados al margen de la ley de manera autónoma.

En este sentido, la Fiscalía excluye tácitamente del análisis los crímenes de lesa humanidad cometidos por estos grupos de autodefensas desde el 1 de noviembre de 2002 hasta la fecha de su desmovilización, porque considera que son crímenes de guerra.

En relación con las FARC y el ELN, considera la entidad que “existe una base razonable para creer que desde el 01 de noviembre de 2009 hasta la fecha, estos grupos han cometido crímenes de guerra”<sup>436</sup>.

---

<sup>435</sup> CPI. *Informe de Fiscalía* / ..., op. cit., ítem 9, p. 4.

<sup>436</sup> CPI. *Informe de Fiscalía* / ..., op. cit., ítem 5, p. 2. homicidio, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ataques dirigidos contra la población civil, en virtud del artículo 8(2)(e)(i); tortura y tratos crueles, en virtud del artículo 8(2)(c)(i); ultrajes contra la dignidad personal, en virtud del artículo 8(2)(c)(ii); toma de rehenes, en virtud del artículo 8(2)(c)(iii); violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 8(2)(e)(vi); reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en hostilidades, en virtud del artículo 8(2)(e)(vii)

Ahora bien, teniendo en cuenta que los grupos subversivos no se han desmovilizado de manera colectiva, sino que solo hay desmovilizaciones individuales para incursionar en la LJP, en el reporte se indica que la Fiscalía “ha determinado que existen motivos razonables para creer que desde el 01 de noviembre de 2002, hasta la fecha”, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–, el Ejército de Liberación Nacional –ELN–; y grupos paramilitares han cometido crímenes de lesa humanidad<sup>437</sup>.

Teniendo en cuenta que se han llevado a cabo acciones judiciales pertinentes tanto en la Justicia ordinaria como en el ámbito de la LJP, contra los que parecen ser los máximos responsables de la guerrilla<sup>438</sup> –FARC, ELN– y los grupos paramilitares<sup>439</sup>, la Fiscalía considera que se han realizado esfuerzos por parte de los órganos judiciales para adelantar estas investigaciones y proferir las sentencias correspondientes. Considero que no se están juzgando a los máximos responsables, porque de hecho, estos no son postulados a la LJP.

En relación con el tercer aspecto enunciado, esto es, establecer si los estándares de la jurisdicción penal son compatibles con los presupuestos de la LJP: verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, en el Reporte se ha indicado que

---

<sup>437</sup> CPI. *Informe de Fiscalía* / ..., ítem 6 y ss., pp 2, ss. asesinato, en virtud del artículo 7(1)(a) del Estatuto; traslado forzoso de población, en virtud del artículo 7(1)(d) del Estatuto; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales del derecho internacional, en virtud del artículo 7(1)(e) del Estatuto; tortura, en virtud del artículo 7(1)(f) del Estatuto; y violación y otras formas de violencia sexual, en virtud del artículo 7(1)(g) del Estatuto. Parece que se reúnen los elementos prescritos para cada grupo tomado por separado. Disponible en: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>.

<sup>438</sup> CPI. *Informe de Fiscalía* ... Hasta ahora, 218 miembros de las FARC y 28 miembros del ELN han sido condenados por conductas que constituyen crímenes de competencia de la Corte, incluidos homicidios, desplazamientos forzados, toma de rehenes, torturas y reclutamiento de niños. Varios líderes superiores, incluidos el comandante en jefe y su segundo de las FARC y el ELN han sido condenados in absentia. La información disponible indica que ocho antiguos miembros del Secretariado de las FARC, su más alto órgano de mando, y cuatro miembros actuales del Comando Central del ELN han sido condenados in absentia. Siempre que se haga una adecuada ejecución de sentencias dictadas contra los condenados in absentia.

<sup>439</sup> CPI. *Informe de Fiscalía* ... 14 personas han sido juzgadas y condenadas en el marco del proceso de justicia y paz, entre ellas siete líderes o comandantes de unidades paramilitares. Además de estas acciones judiciales, 23 líderes paramilitares han sido condenados en el marco del sistema de justicia ordinario. La información disponible indica que de los 57 líderes o comandantes de grupos paramilitares, 46 siguen vivos, de los cuales 30 han sido condenados por conductas que constituyen crímenes de competencia de la CPI, incluidos homicidios, desplazamientos forzados, desapariciones forzadas, secuestros y reclutamiento de niños. Al menos 15 de las 30 condenas son por crímenes correspondientes a la competencia temporal de la CPI, es decir, a partir del 1 de noviembre de 2002. De los 30 líderes paramilitares condenados, 26 fueron condenados por homicidio, 11 por desplazamiento forzado, seis por secuestro, tres por reclutamiento de niños y dos por violación. Otros 13 son objeto de acciones judiciales (ocho dentro del proceso de justicia y paz y cinco dentro del sistema ordinario).

*“en el marco de la Ley No 975 de Justicia y Paz de 2005, mecanismo de justicia transicional que tiene por objeto facilitar la desmovilización de grupos paramilitares y al mismo tiempo obtener confesiones a cambio de reducciones de las penas, [...] muchos miembros desmovilizados de grupos paramilitares también han sido objeto de acciones judiciales, entre ellos un número significativo de líderes superiores. Hasta la fecha en que se redactó el presente informe, 14 personas han sido juzgadas y condenadas en el marco del proceso de justicia y paz, entre ellas siete líderes o comandantes de unidades paramilitar”.*

La Fiscalía se centrará en: i) el seguimiento del Marco Legal para la Paz; el surgimiento de “nuevos grupos armados ilegales”; las actuaciones judiciales relacionadas con la promoción y expansión de grupos paramilitares; las actuaciones judiciales relacionadas con el desplazamiento forzado y crímenes sexuales, y ; los casos de falsos positivos (p. 22).

La Fiscalía concluye en su Reporte que al examinar los distintos agentes contra los cuales se han iniciado actuaciones, parece que posibles casos contra las FARC, el ELN, y grupos paramilitares, no serían admisibles ante la CPI, pues los líderes más importantes de dichos grupos han sido o están siendo procesados genuinamente por las autoridades nacionales competentes (p. 98).

De acuerdo con esta información, se puede concluir entonces que el alcance y ámbito de aplicación de los crímenes de competencia de la CPI, para conocer de los crímenes de conocimiento de la Ley de JyP, tiene un primer filtro que es el criterio de *ratione temporis*, pues tal como se indicó, solo es competente para conocer de crímenes de guerra desde el 01 de noviembre de 2009, tanto en grupos armados al margen de la ley como de las fuerzas regulares del Estado y de los demás crímenes desde el 01 de noviembre de 2002, e incluso de los autores de la denominada *parapolítica*.

El segundo filtro, es el carácter residual de la competencia de la Corte, lo que implica que según el reporte aludido, no sería factible que la Corte conociera de crímenes de su competencia, si se establece, como en este caso, que a pesar de las dificultades se han adelantado acciones judiciales, tanto en la Justicia ordinaria como en la Jurisdicción de justicia y paz.

El tercer filtro es que, por su carácter complementario y residual, la *ratine materia* solo es aplicable cuando se incursione en la jurisdicción y competencia de la Corte Penal; de lo contrario, debe aplicarse la normatividad interna vigente al momento de la comisión de los crímenes, tal como lo establece el mismo Estatuto, en su artículo 24.1.: “*Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor*”.

El cuarto filtro, es que los crímenes de que conoce cumplan con los requisitos mínimos exigidos por los artículos 5° a 8° del Estatuto, esto es, ataque contra la población civil, de forma generalizada o sistemática y con conocimiento de dicho ataque.

A pesar de que el Reporte de la Fiscalía de la CPI considera que

*“la conducta de los distintos grupos armados mencionados cumplen los requisitos contextuales y los actos subyacentes necesarios para que se le dé consideración de crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. En consecuencia, la Fiscalía ha llegado a la conclusión de que existe fundamento razonable para creer que se han cometido crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en el contexto de la situación”.*

Sin embargo, afirma que al examinar los distintos agentes contra los cuales se han iniciado actuaciones, parece que posibles casos contra las FARC, el ELN y los grupos paramilitares no serían admisibles ante la CPI, pues los líderes más importantes de dichos grupos han sido o están siendo procesados genuinamente por las autoridades nacionales competentes (p. 198).

Finalmente concluye que el examen preliminar de la situación en Colombia se centrará en:

- i) el seguimiento del Marco Legal para la Paz y otros aspectos jurisdiccionales relacionados con la aparición de “nuevos grupos armados ilegales”,
- ii) las actuaciones judiciales relacionadas con la promoción y la expansión de los grupos paramilitares,
- iii) las actuaciones judiciales relacionadas con desplazamientos forzados,
- iv) las actuaciones judiciales relacionadas con crímenes sexuales, y
- v) los casos de falsos positivos<sup>440</sup>.

Una vez analizado el alcance de la CPI en lo relacionado con el principio de complementariedad y el carácter residual de su competencia, tenemos que no puede conocer de crímenes cometidos antes del 01 de noviembre de 2002; que tampoco conoce de crímenes de guerra cometidos antes del 01 de noviembre de 2009; no conoce de crímenes de competencia de la Justicia ordinaria que estén siendo investigados y de los que hayan condenado tanto a miembros de la subversión, como de autodefensas, militares o ‘parapolítica’, porque considera que se ha hecho un gran esfuerzo por parte del Estado para investigar y judicializar a los responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

---

<sup>440</sup> CPI. *Informe de Fiscalía / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia*, 2012. Item 224. P. 69

Lo anterior teniendo en cuenta que

*“La Fiscal toma nota de las diversas medidas tomadas por las autoridades colombianas hasta la fecha para conseguir justicia para las víctimas de crímenes internacionales, y espera que las autoridades nacionales aborden próximamente las prioridades que se han mencionado antes. La Fiscal continuara evaluando el progreso de los esfuerzos estatales por garantizar que Colombia procese a todos los que puedan considerarse máximos responsables por crímenes de competencia de la Corte”.*

En relación con los procesos que se han adelantado en la jurisdicción de la LJP, se tiene que la Fiscalía de la CPI considera que, debido a que se está investigando y juzgando a los máximos responsables de los grupos armados organizados al margen de la ley, mediante la Ley 975 de 2005, el examen preliminar y la interacción entre la Fiscalía y las autoridades colombianas se ha centrado en evaluar si se ha dado prioridad a las acciones judiciales contra los que parecen ser los máximos responsables por los crímenes más graves de competencia de la Corte, y si estas acciones judiciales son genuinas.

Se tiene por el momento que se han hecho esfuerzos para el juzgamiento de los postulados a esta ley, ya que las demoras para concluir las actuaciones penales no indican necesariamente falta de voluntad o de capacidad. La Fiscalía reconoce la complejidad de este esfuerzo en las circunstancias particulares de la desmovilización (14).

No obstante, la Fiscalía de la CPI, en cuanto al tema de la priorización de los máximos responsables en el marco jurídico para la paz, ha planteado en varios documentos que

*“La estrategia de centrarse en los máximos responsables de los crímenes puede dejar una ‘brecha de impunidad’ a menos que las autoridades nacionales, la comunidad internacional y la Corte colaboren para garantizar la utilización de todos los medios adecuados para llevar a otros criminales ante la justicia”<sup>441</sup>.*

De acuerdo con lo expuesto, es muy limitado el alcance y ámbito de aplicación de los crímenes de competencia de la CPI, y por lo mismo, la política criminal desarrollada por la JTr en Colombia, en lo que refiere a la Ley 975 de 2005 y a la Ley 1592 de 2012, no tienen posibilidad de incursionar en la Jurisdicción internacional, específicamente, porque se considera un gran esfuerzo por parte del Estado en el juzgamiento y condena de los postulados a esta ley.

---

<sup>441</sup> CPI-OTP. *Documento sobre algunas cuestiones de política que tiene ante sí la Fiscalía* (Traducción no oficial), septiembre de 2003, p. 3.

El asunto que queda pendiente por definir es el desarrollo de la ‘Ley Estatutaria en el Marco Jurídico para la Paz’, en el cual se busca una forma de JTr sin pena privativa de la libertad, y este aspecto es el factor de análisis por parte de la Fiscalía de la CPI.

En relación con el Reporte Intermedio presentado por la Fiscalía de la CPI, al que he hecho referencia a lo largo de esta investigación, hay un aspecto, o mejor, una omisión que llama la atención. Es la relacionada con el tratamiento que se le da a los grupos armados organizados al margen de la ley, según la Ley 975 de 2005.

En la forma como se expidió la ley, no se hizo distinción alguna entre grupos de autodefensas y grupos insurgentes. De hecho, tal como se expuso, su finalidad inicial era la imposición de la pena alternativa a los integrantes de los grupos de autodefensas, elevándolos a categoría de rebeldes; pero la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta disposición; quedando entonces en el contenido de la ley la desmovilización individual, que fue la única diferencia entre estos grupos que se estableció en el marco normativo. Los grupos paramilitares, o de autodefensas, se desmovilizaron de manera colectiva; mientras que los miembros de los grupos armados de la insurgencia se desmovilizaron de manera individual por virtud de su desertión del grupo insurgente.

Por los demás, han sido considerados autores de crímenes de lesa humanidad y crímenes contra el DIH en las mismas condiciones. Igual tratamiento está asumiendo la Fiscalía de la CPI, en su Reporte Intermedio, sin consideración al estatus político de los grupos insurgentes, ya que no se ha hecho ninguna alusión a este aspecto, siguiendo la política misma del Estado colombiano.

Lo primero que hay que decir en este sentido, y como se ha decantado a lo largo de este trabajo, es que a la luz de la normativa internacional y de los tratados y convenios suscritos por Colombia, los grupos insurgentes buscan derrocar el régimen constitucional o legal como una forma de insurrección contra el sistema político, económico y social que ellos consideran injusto.

Los grupos de autodefensas, como ha quedado establecido, surgieron y se consolidaron como política de Estado para favorecer los grupos económicos y la clase política de este país; quienes en coadyuvancia con las fuerzas militares, cometieron crímenes de lesa humanidad y contra los DH.

En ninguna parte del reporte se hace alusión a esta situación, asumiendo, como ha asumido el Estado colombiano, que el delito político tiene una connotación distinta en el ámbito del DI

y es reconocido por la Convención de Ginebra en el ámbito del conflicto armado no internacional.

Recordemos que en los Convenios de Ginebra está permitido hacer la guerra, y que solamente constituirían crímenes de guerra desbordar los límites que allí se establecen: los métodos utilizados y las personas y bienes protegidos. Es decir, que solamente cuando se desbordan estos medios o vulneran los bienes, se puede hablar de crímenes de guerra.

El art. 8° del Estatuto preceptúa que las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 contra personas o bienes protegidos por estos, constituyen crímenes de guerra, específicamente los referentes al artículo 3° común a todos los convenios, para el caso de conflicto interno. Es en este escenario que la Fiscalía de la CPI debe hacer un análisis de las conductas que considera, constituyen crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

La legislación colombiana también ha incurrido en las mismas falacias para la construcción de lo que ha denominado *justicia transicional*, que como hemos advertido, constituye una justicia de delación, traición y arrepentimiento.

## **2.5. ¿Tensión jurídica con la LJP?**

Son muchas las tensiones que se presentan entre la normatividad internacional con la Ley 975 de 2005 y el Derecho penal interno:

### **2.5.1. Los actos propios de la guerra configuran crímenes en la LJP.**

A la luz del Derecho Internacional existe una clara diferenciación entre el DIH y el DIDH, pero no hay esa misma claridad cuando se sancionan las conductas violatorias de las normas del DIH o del DIDH, desde el ámbito del Derecho penal y en especial desde la JTr.

Lo anterior significa que si los Estados partes que han suscrito los convenios de Ginebra cumplen con las normas allí especificadas, están en todo su derecho de hacer la guerra y, en consecuencia, no podría considerarse que dichos combatientes puedan ser sancionados penalmente<sup>442</sup>. El prisionero de guerra, entonces, no es un delincuente; es un combatiente

---

<sup>442</sup> CICR. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, p. 31. “Bajo la influencia del derecho natural y, sobre todo, gracias a los movimientos humanitarios del siglo XIX y a las ideas de Henry Dunant en particular, que se preocupan de la suerte que corren los cautivos después de haber garantizado la de los heridos y los enfermos, la concepción según la cual el prisionero de guerra no es un criminal, sino solamente un enemigo incapaz de volver a tomar parte en el combate, que debe ser liberado finalizadas las hostilidades y que debe ser respetado y tratado humanamente mientras sea cautivo, ha terminado por imponerse a la conciencia del mundo civilizado”.

*incapaz de volver a tomar parte en el combate*, por lo tanto, no se puede predicar de este la calidad de imputado y menos aún de delincuente.

Tal como lo establece el artículo 50 del Primer Convenio, los combatientes solamente podrían ser sancionados penalmente en el evento de que no cumplan con las normas que establecen los Convenios para hacer la guerra. La guerra es legítima a la luz del DIH, siempre y cuando se cumplan las medidas de protección que establece la convención para las personas y bienes protegidos y se realice con la utilización de mediante los mecanismos y medios permitidos por el DIH.

Los actos hostiles que emanen del combate entre dos fuerzas enemigas no constituyen, *per se*, violaciones al Derecho penal, sino que son actos propios de la guerra. Únicamente aquellos actos que desborden los límites establecidos por el DIH constituirían sanciones penales para la parte que la infrinja.

En el caso del conflicto armado no internacional, cualquiera de las partes que desborde esos límites incurre en *crímenes de guerra*. Desbordar significa que los actos de combate y hostilidades no configuran crímenes, pero sí aquellos actos que trasciendan los métodos para hacer la guerra y este dirigido contra personas y bienes protegidos.

Contrario a todas estas disposiciones contenidas en tratados y convenios internacionales, la Jurisdicción de justicia y paz considera crímenes contra el DIH aquellos actos hostiles propios de la guerra realizados por los miembros de la guerrilla que se desmovilizaron durante y con ocasión de su pertenencia al grupo. Caso masacre de Santo Domingo.

#### **2.5.2. Aplicación de la ley penal dependiendo del reconocimiento o no del conflicto armado**

Colombia ha mantenido un conflicto armado interno de larga duración que ha ido mutando a medida que ha transcurrido el tiempo en las últimas cinco o seis décadas; entre el estado y los grupos subversivos, inicialmente; y entre estos y los grupos de autodefensas o paramilitares ,que apoyan a la fuerza pública. Dicho conflicto armado no fue reconocido por el Estado durante muchos años, pero finalmente, para incursionar en la JTr, tuvo que hacerlo, pero no en el sentido que se esperaba: reconociendo el conflicto armado con la subversión; sino con los grupos de autodefensas que había creado.

Aunque la Convención de Ginebra determine que el hecho de que el Estado parte no reconozca el conflicto no internacional, no significa que no haya conflicto. Se afecta



ostensiblemente en la normatividad penal interna cuando el subversivo que es capturado por el Estado parte, que no reconoce el conflicto, lo denigra a la calidad de ‘delincuente’ y lo sustrae del estatus que le pertenece a la luz de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, que es el de ‘combatiente’.

Una segunda consecuencia que se deriva de este no reconocimiento, es que todo enfrentamiento realizado por los grupos insurgentes contra las fuerzas regulares –ejército y policía– y las fuerzas irregulares –grupos de autodefensas–, en virtud de ese conflicto armado no reconocido, son judicializados como criminales comunes; cuando lo cierto es que estos enfrentamientos y combates no constituyen conductas criminales a la luz del DIH.

La costumbre es que en este tipo de enfrentamientos, hostigamientos y combates, cuando hay personas fallecidas de ambas partes, a las personas que fueron muertas por el ejército se les denomina ‘dadas de baja’, por virtud de un acto legítimo; mientras los miembros de la guerrilla, en los mismos enfrentamientos, son consideradas víctimas de homicidio y como homicidas deben responder los insurgentes que actuaron en el enfrentamiento, aunque como se indica, son actos propios de la guerra. Esta situación a la luz del DIH, significa que todas las personas muertas por virtud del enfrentamiento, tienen la calidad de combatientes y como tal, al asumir su rol, es parte de la guerra que puedan morir, tanto en un lado como en el otro.

Una tercera consecuencia es que, si no se les reconoce el estatus de beligerancia, no se les puede exigir que cumplan las normas del DIH.

En síntesis, cuando no se reconoce el conflicto armado, a los insurgentes se los convierte en delincuentes; se les juzga como tales, pero se les aplican los tipos penales cometidos contra el DIH, por actos propios de la guerra que, *per se*, no constituyen delitos. Esto es básicamente lo que está sucediendo en los procesos de Justicia y Paz.

Finalmente, si el Estado parte sí reconoce el conflicto, debe dar a los insurgentes el estatus de beligerancia y juzgar únicamente, aquellos actos que hayan desbordado el DIH; esto es, únicamente aquellas conductas que hayan vulnerado a las personas y a los bienes protegidos y hayan utilizado métodos o medios de guerra prohibidos por el DIH, cuando no fuere estrictamente necesario.

### **2.5.3. Los actores del conflicto armado en la JTr – Ley 975 de 2005.**

Frente a este aspecto, se puede decir que los enemigos naturales en el conflicto armado colombiano han sido las fuerzas militares del estado y los grupos insurgentes. Sin embargo, los

grupos de autodefensas o paramilitares que coadyuvan los actos ilegítimos de las fuerzas militares se han incorporado al conflicto armado como apoyo del Estado pero por fuera de la Constitución y la ley.

La LJP, bajo el supuesto de la JTr, consideró tanto a los insurgentes como a los miembros de las autodefensas, miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y en ese sentido, expidió la LJP. Sin embargo, si lo que se buscaba era dirimir el conflicto armado y buscar la reconciliación, debía incluir a todos los actores del conflicto que cometieran crímenes, incorporando a las fuerzas militares.

Significa esto que las fuerzas militares del estado hacen parte del conflicto armado en Colombia, por lo que no es comprensible el desarrollo de los principios de verdad, justicia y reparación de un actor del conflicto, que es la subversión, y otro que respalda a las fuerzas militares del estado, que son los grupos de Autodefensas, donde realmente, tanto la clase económica y política que ha permitido la prolongación del conflicto y ha patrocinado directamente los grupos de Autodefensas, también se ha apoyado en las fuerzas militares para sus intereses personales. El estado no ha asumido su responsabilidad histórica. Si esto no sucede, el marco jurídico para la paz que se estableció con la reforma constitucional de 2012 no permitirá la resolución del conflicto aunque se llegase a lograr un proceso de paz con las FARC.

A la luz del DIH, el conflicto interno armado en Colombia supondría dos escenarios: el primero, entre fuerzas armadas del estado y fuerzas armadas disidentes; y el segundo, entre grupos armados de particulares, entendiendo por estos, *prima facie*, la subversión y las Autodefensas Unidas de Colombia<sup>443</sup>. En este último caso, es claro que si los grupos de autodefensas hacen parte del estado, y por ello se denominan ‘paramilitares’, que configuran *prima facie* un apoyo *paraestatal*, no se podrían considerar como un grupo particular independiente del conflicto armado.

Sin embargo, la LJP los consideró como un grupo armado organizado al margen de la ley, sin hacer diferencia entre estos y los grupos subversivos, excepto por la forma de desmovilización de unos u otros, como se ha ilustrado ampliamente en el presente escrito, el conflicto armado en Colombia tiene dos actores: el Estado, amparado por las fuerzas armadas regulares y los grupos de paramilitares, y por otra parte los grupos insurgentes.

---

<sup>443</sup>CICR. *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*.

Paradójicamente, la Ley 975 se expidió “con el objeto de facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de los miembros de los grupos armados al margen de la ley”, otorgando el mismo estatus a unos y otros como integrantes de los grupos armados, y dejando por fuera a las fuerzas militares regulares del estado.

La ley otorga la calidad de postulados a los integrantes de estos grupos, concediéndoles el ‘beneficio’ de la pena alternativa si confiesan los hechos delictivos cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo, y que decidan desmovilizarse y contribuir a la reconciliación nacional.

Con la inclusión de los grupos insurgentes y paramilitares indistintamente, se corrobora una vez más que la LJP, por ofrecer beneficios punitivos, no configura una justicia de transición para la paz, sino una rebaja punitiva a cambio de la delación y arrepentimiento.

La construcción de una JTr que busque realmente la reconciliación nacional ha debido hacerse con la inclusión de todas las fuerzas que acompañan a los dos actores del conflicto armado. Por una parte, los grupos insurgentes; y por la otra, los integrantes del Estado que constituye la otra parte del conflicto y que está integrado por las Fuerzas militares regulares; los grupos armados organizados al margen de la ley que los coadyuvan; y los integrantes de la clase política y económica que han participado indirectamente en el conflicto.

Como la ley cobijó a las Autodefensas como un actor autónomo del conflicto y dejó por fuera a los demás intervinientes; los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición son parciales e impiden definir el contexto real del conflicto, que necesariamente incide en el principio de verdad para la construcción de la memoria histórica.

#### **2.5.4. La imputación y adición de los crímenes contra el DIH y DIDH en la JTr.**

La primera dificultad que se presenta es que el Código Penal colombiano de 2000, expedido mediante la Ley 599 de 2000, en su Título II, tipifica los "Delitos contra personas y bienes

protegidos por el DIH" en un conjunto de 29 disposiciones normativas (arts. 135 a 164)<sup>444</sup> que fueron adicionadas en 8 tipos penales más mediante Ley 1719 de 2014<sup>445</sup>.

Los elementos necesarios para que se configure alguno de los delitos tipificados son los siguientes:

- La persona que comete el delito debe realizar la conducta con ocasión y en desarrollo del conflicto armado.
- La víctima debe ser una persona protegida por el DIH, esto es, una de aquellas consideradas como no combatientes: la población civil; las personas que no participan en hostilidades y civiles en poder de la parte adversa; los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate; el personal sanitario o religioso; los periodistas o corresponsales de guerra; y los combatientes que hayan depuesto las armas.
- Los bienes que se vulneren deben ser bienes protegidos por el DIH, esto es, los de carácter civil que no sea objetivo militar; los culturales y los lugares destinados al culto; los indispensables para la supervivencia de la población civil; los elementos que integran el medio ambiente natural; y las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas.
- La omisión de medidas de protección para la población civil.
- La utilización de medios o métodos de guerra prohibidos o destinados a causar sufrimientos o pérdidas innecesarios.

---

<sup>444</sup> Homicidio en Persona protegida, Lesiones en persona protegida, Tortura en persona protegida, Acceso carnal violento en persona protegida, Prostitución forzada o esclavitud sexual, Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, Perfidia, Actos de Terrorismo, Actos de Barbarie, Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida, Actos de discriminación racial, Toma de rehenes, Detención ilegal y privación del debido proceso, Constreñimiento a apoyo bélico, Obstaculización de tareas sanitaria y humanitarias, Destrucción y apropiación de bienes protegidos, Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto, Ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerza peligrosas, Represalias, Deportación, expulsión, traslado y desplazamiento forzado de población civil, Atentados a la subsistencia y devastación, Omisión de medidas de protección a la población civil, Reclutamiento ilícito, Exacción o contribuciones arbitrarias, Destrucción del medio ambiente.

<sup>445</sup> Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de 14 años (art 138 A); Actos sexuales en persona protegida menor de 14 años (art 139 A); esterilización forzada en persona protegida (art 139B); embarazo forzado en persona protegida (art 139C); desnudez forzada en persona protegida (art 139D); aborto forzado en persona protegida (art 139E); esclavitud sexual en persona protegida (art 141 A); trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual (141B).

- El empleo de medios o métodos concebidos que cause daño grave al medio ambiente natural.

Con la salvedad que hemos hecho a lo largo de este trabajo, en el sentido de que consideramos que los grupos de Autodefensas no constituyen un actor armado autónomo, sino que han dependido de la misma política de Estado; la primera falacia que encontramos radica en que se parte del presupuesto de que todos los actos, incluyendo los actos propios de la guerra, son crímenes contra el DIH, y en este sentido se han imputado, aceptado y condenado a los postulados a esta ley.

Como puede evidenciarse, los tipos penales de la legislación interna en crímenes contra el DIH no cumplen con los mínimos estándares del Derecho Internacional, en cuanto no se exigen como requisitos “que se realicen como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes”<sup>446</sup>, ya que una cosa es la muerte de una persona de la población civil y cosa distinta es que se realice como parte de un plan, o por la comisión de los crímenes a gran escala.

La segunda dificultad es que no se han incorporado en la legislación Colombiana los *crímenes de lesa humanidad*. En este sentido, creo que muchas organizaciones armadas al margen de la ley han incurrido en este tipo de crímenes, tal como lo plantea la Fiscalía de la CPI en el Reporte Intermedio, cuando afirma que desde el 01 de noviembre de 2002 hasta la fecha, “existen motivos razonables para creer que se han cometido por actores no estatales – FARC, ELN, AUC, crímenes de lesa humanidad (p. 7). Igualmente que desde el 01 de noviembre de 2002 hasta la fecha, hay serios motivos para pensar que crímenes de lesa humanidad han sido cometidos por órganos del Estado (p. 9). (informe CPI).

En el primer caso es evidente que todos los crímenes, sean de lesa humanidad o de guerra, se están juzgando en el escenario de la LJP como crímenes contra el DIH; mientras que en el segundo caso, solamente algunos se han juzgado en la Justicia ordinaria como delitos comunes. Es precisamente por esta razón que considero que hay una dificultad para realizar las imputaciones en proceso transicional.

En lo que se refiere a las Fuerzas Militares regulares, el Código Penal Militar: no tipifica específicamente los delitos contra el DIH. Sin embargo, señala que cuando un miembro de la fuerza pública en servicio activo y actuando en relación con el mismo servicio cometa un delito

---

<sup>446</sup> CPI. *Estatuto de Roma*. “Artículo 8. Crímenes de guerra.

previsto en el código penal ordinario o Leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del código penal militar...

Según la Corte Constitucional<sup>447</sup>,

*“los crímenes de guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemática o de macro-criminalidad: (i) en los delitos de lesa humanidad este elemento se constituye a través de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; (ii) en el genocidio el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido, mientras que; y (iii) en los crímenes de guerra el contexto de violencia organizada corresponde al conflicto armado en cuyo marco los actos criminales deben ser realizados.*

*911. La exigencia de este elemento de violencia generalizada o sistemática, con sus matices, en los delitos de lesa humanidad, de guerra y genocidio, ha sido fundamental para distinguir los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio, de crímenes ordinarios.*

*912. Por lo anterior, el elemento de violencia sistemática o macrocriminalidad, es esencial para diferenciar estos delitos de los crímenes ordinarios y no puede entenderse como una referencia a su masividad (como lo sería el elemento de generalidad), sino como la necesidad de que no sea aislado y particularmente en el caso de los crímenes de guerra a que tenga un nexo con el conflicto armado como parte de un plan o política, pues es claro que el conflicto armado exige per se una violencia generalizada contra la población civil que a través de una investigación de contexto permita diferenciarlo de crímenes ordinarios como un daño en bien ajeno o de un homicidio.*

*913. En este sentido, la doctrina ha señalado que no todos los crímenes cometidos durante el conflicto armado son crímenes de guerra y en este sentido, los actos ordinarios criminales – homicidio, violación, hurto, abusos, fraudes– no se convierten automáticamente en crímenes de guerra porque exista una situación de conflicto armado, sino que debe existir un nexo entre los actos y el conflicto, lo cual es muy distinto a señalar que tienen que cometerse de manera masiva. El nexo con el conflicto armado, ha sido interpretado como la relación estrecha del crimen con las hostilidades, es decir, que el conflicto armado debe jugar un rol sustancial en la decisión del perpetrador, en su habilidad para cometer el crimen o en la manera como la conducta fue finalmente cometida. En consecuencia, el elemento sistemático implica la existencia de un nexo del crimen con el conflicto armado, lo cual además es absolutamente coherente con lo señalado en el propio Acto Legislativo, pues este solamente se aplica respecto de hechos cometidos en este contexto, tal como señala el parágrafo 2°: “En ningún caso se podrán aplicar instrumentos de justicia transicional a grupos armados al margen de la ley que no hayan sido parte en el conflicto armado interno, ni a cualquier miembro de un grupo armado que una vez desmovilizado siga delinquiendo”.*

La misma Corte es clara al identificar los requisitos para la configuración de estos crímenes, y plantea que, de no cumplirse, cualquier delito podría ser considerado dentro de los de mayor gravedad. No obstante, en la aplicación que se realiza en el ámbito de la JTr mediante la

---

<sup>447</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-579 de 2013.

imputación y juzgamiento, no se están cumpliendo los requisitos exigidos, tal como se analizará en la construcción de los patrones de macrocriminalidad.

A pesar de estas consideraciones, en el proceso de JyP se hacen imputaciones, no solamente con base en crímenes contra el DIH que no cumplen estos estándares, sino sobre hechos que se cometieron previamente a la tipificación de las conductas contenidas en el Código Penal. Tal como se realizó en la audiencia de formulación de imputación al postulado priorizado Raúl Agudelo, donde la Fiscalía adicionó la sentencia condenatoria proferida el 31 de mayo de 2011 por los hechos mismos ocurridos el 1 y 2 de abril de 2000, sin que para fecha los crímenes contra el DIH estuviesen tipificados en la legislación interna.

Procedió la Fiscalía a adicionar tipos penales que no estaban vigentes cuando sucedieron los hechos, a la sentencia ya ejecutoriada por la justicia ordinaria y realizar imputaciones jurídicas a los demás integrantes, todos a título de coautoría:

*“En primera instancia tenemos que identificar que los postulados Raúl Agudelo Medina, Jerónimo Mendoza, y Pedro Pablo Yate Ramírez. Estas personas se acogieron al beneficio de la sentencia anticipada por los hechos que se adelantaron en la fiscalía de DH radicado 895 en lo cual vamos a adicionar, con relación a esta sentencia del 31 de mayo de 2011 en la cual los condenaron por homicidio agravado, tentativa de homicidio, terrorismo, desplazamiento forzado, hurto calificado y agravado, fabricación y tráfico de armas o municiones por los hechos ocurridos el 1 y 2 de abril durante la incursión guerrillera de las FARC en el corregimiento de Puerto Saldaña, municipio de Rio Blanco, a esta sentencia señor magistrado le vamos a adicionar con relación a estos postulados para imputarle unos nuevos tipos penales como lo son:*

*[...]Homicidio en persona protegida, [...] Homicidio en persona protegida en el grado de tentativa, [...] Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos, [...] Destrucción y apropiación de bienes protegidos, [...] Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario, [...] destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto, violación de habitación ajena, [...] Daño en bien ajeno e incendio”<sup>448</sup>.*

Como se puede evidenciar en la JTr, no solamente hay tensiones en relación los crímenes internacionales, sino con la misma justicia interna, especialmente porque, sin importar los medios, se deben presentar resultados en relación con los crímenes que se están aceptando e imputando, afectándose no solo el principio de verdad, sino además, y especialmente, el principio de legalidad.

---

<sup>448</sup> CUERVO CRIALES / ORDÚZ BARRETO. “Criterios de aplicación de los principios del del Derecho penal y nuevos enfoques en la Ley de Justicia y Paz”-Semillero Atenea. Criterio Jurídico Garantista. Año 6, núm. 11. Bogotá, julio-diciembre de 2014.

Para ilustrar el tema sobre la imputación que se hace actualmente de los hechos que son confesados en virtud de las versiones libres que rinden los postulados, se tomarán casos de subversión y de Autodefensas que permiten ilustrar las imputaciones y calificación jurídica que se aplica en el marco de la Ley 975.

Los actos de guerra no hacen parte del Derecho penal y, como tal, la toma en sí, no puede ser considerada delictiva, sino la extralimitación en los métodos y en la vulneración a la población civil. Este análisis diferencial no se realizó, por lo que en estos términos quedó hecha la imputación.

Dentro de los casos de subversión se estudian las audiencias de formulación de imputación de los guerrilleros priorizados<sup>449</sup> Raúl Agudelo, alias “Olivo Saldaña”, y Elí Mejía Mendoza, alias “Martín Sombras”; la primera, sobre los hechos ocurridos en la toma y retoma guerrillera de Puerto Saldaña, Tolima, en abril del año 2000<sup>450</sup>:

**Tabla 1.** Hechos sobre la toma y retoma de Puerto Saldaña.

Hechos	Adecuación Típica	Postulado
Pertenecer al grupo guerrillero de las FARC – EP	Rebelión	Raúl Agudelo Medina Elías Avilés Ramírez Nilson Ramírez Guiza José Arnubio Rodríguez. Olider Barco Perdomo Sandra Milena Rodríguez Carlos Alberto Salazar Pedro Pablo Yates Humberto Díaz Tamara Hermes Oviedo Trujillo Derly Ordoñez Castro Ricaurte Bustos Nieto Ferney Valverde Fajardo Martiniano Perez Rios Jeronimo Mendoza

<sup>449</sup> La Priorización es una técnica de gestión de la investigación penal que permite establecer, de acuerdo con unos criterios, un orden de atención de casos con el fin de garantizar, en condiciones de igualdad material, el goce efectivo del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Directiva 0001 de 04 de octubre de 2012 por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la FGN. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/priorizacion/priorizacion-nuevo-sistema-de-investigacion-penal/>.

<sup>450</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE JYP DE BOGOTÁ; Audiencia de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. Realizada el 17, 18, 19, 20, 24 y 26 de Junio de 2013. A partir de las nueve de la mañana (9:00 am). Magistrado de control de garantías: Dr. José Manuel Bernal Parra. Record: min. 16:57; (segundo audio) 24 de junio de 2013.



<p>Estuvo presente en los hechos del 1 de abril de 2000, cuando inició la toma. Se encargó de sacar del área a los heridos y llevarlos al hospital en “campo hermoso”</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Elías Avilés Ramírez</p>
<p>Fue el encargado del reconocimiento del área. No tenía conocimiento de la operación. Traslado heridos al municipio de Planadas. Transportó dinero para financiar la toma. Suministró víveres. Vigiló y avisó los movimientos del Ejército Nacional. Para la retoma, envió un hombre.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Ricaurte Bustos Nieto</p>
<p>Encargado de cubrir la compañía. Organizó los filos de las montañas. Ubicó sitios estratégicos y gente. Se encargó de cortar equipos de campaña para otros campamentos. Se responsabiliza de los homicidios del 1 de abril del 2000</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Ferney Valverde Fajardo</p>
<p>Realizó proselitismo político, era el conciliador. Prestó ayuda a guerrilleros heridos. Se responsabiliza de los homicidios del 28 de abril de 2000.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Gerardo Moreno Santana</p>
	<p>Homicidio en persona protegida.</p>	

<p>Participó en lo ocurrido al inicio de la toma. Sirvió de apoyo al grupo antiaéreo. Realizó reconocimiento de terreno. Ubicó en el sector trincheras cubiertas con tierra. Su misión era no permitir aterrizar aeronaves. Se responsabiliza de homicidios del 1 de abril de 2000.</p>	<p>Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Olider Barco Perdomo</p>
<p>Llevó un herido. Ayudó a llevar 40 cilindros.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Carlos Alberto Salazar</p>
<p>Encargada de la enfermería y de realizar inteligencia. Auxilió a los heridos en la toma y retoma.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Sandra Milena Rodríguez</p>
<p>Reemplazó un comandante. Realizó la incursión. Estuvo cerca del casco urbano.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Pedro Pablo Yates</p>

<p>Estuvo en la carretera, encargado de no dejar subir paramilitares durante la toma. Presenció la preparación de 60 o 70 cilindros en Bilbao.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Nilson Ramírez Guiza</p>
<p>No estuvo en el lugar de los hechos, como explosivista, ayudó a preparar los cilindros. Entregó 4 arrobas de explosivos en barra, luego en polvo con cordón detonante.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Humberto Díaz Tamara</p>
<p>Entregó 5000 cartuchos para fusil. Estuvo en el retén que se hizo para cerrar el casco urbano hacia chaparral, en él retuvo un bus y fueron fusiladas dos personas. Encargado de lanzar explosivos debajo del puente cercano al retén.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.</p>	<p>Berny Derly Ordoñez Castro</p>
<p>Llevó municiones.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto.</p>	<p>José Arnubio Rodríguez</p>

	Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.	
Recibió 10000 proyectiles para fusil y luego los entregó al grupo de asalto.	Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.	Hermes Oviedo Trujillo
Llevó 85 millones de pesos y 2900 cartuchos para fusil.	Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.	Martiniano Pérez Ríos
Estuvo en el retén y detuvo el bus en el sector de la brecha donde ocurrieron dos homicidios.	Homicidio en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.	Luis Eduardo Montero Vargas
Participó en el asesinato de una familia completa. Estuvo presente en los homicidios del casco urbano. Entró en la primera remitida del 28 de abril de 2000	Homicidio en persona protegida. Homicidio en persona protegida en modalidad de tentativa. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Destrucción y apropiación de bienes protegidos	Jerónimo Mendoza

	Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Destrucción o utilización ilícita de bienes y lugares de culto. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Violación de habitación ajena. Daño en bien ajeno. Incendio. Terrorismo.	

Tabla 2. Tomas de El villar, Miraflores, Mitu y Puerto Rico

Hechos	Adecuación Típica	Postulado
<p>Toma a población de la vereda el Villar, departamento del Caquetá, el 1, 2 y 3 de marzo de 1998, inspección de peñas coloradas, ataque a la base militar del Villar.</p> <p>Toma a población del municipio de Miraflores, departamento del Guaviare, el 3 de agosto de 1998.</p> <p>Va a las Tomas de Miraflores y el Villar, se ubica en las afueras en una camioneta observa y controla los resultados, saca heridos de la zona, los conduce al hospital de las FARC y presta colaboración.</p> <p>Se encarga del cuidado de los secuestrados que dan como resultado de la toma.</p> <p>Toma a las bases de policía de antinarcóticos y una base móvil del ejército nacional adscrita al batallón Joaquín París, del municipio de Miraflores, departamento del Guaviare, el 3, 4 y 5 de agosto de 1998.</p> <p>Toma a la base militar y al comando de la policía del municipio de la Uribe, departamento de Villavicencio, el 4 de agosto de 1998.</p> <p>Queda encargado del cuidado de los secuestrados que se obtuvieron como resultado de la toma, estrategia militar, entrena para las tomas.</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio Mitú, departamento del Vaupés, el 1, 2 y 3 de noviembre de 1998.</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio de Puerto Rico, departamento del Meta, 10, 11 y 12 de julio de 1999.</p> <p>Cuidando secuestrados y acompañó a Jorge Briceño Suarez, le prestaba seguridad para</p>	<p>Homicidio en persona protegida.</p> <p>Tentativa de homicidio en persona protegida</p> <p>Tortura en persona protegida.</p> <p>Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p> <p>Actos de terrorismo. Está condenado por secuestro extorsivo agravado, se le adicionará. Toma de rehenes. Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria</p> <p>Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p> <p>Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.</p> <p>Desaparición forzada con el agravante del art. 58 Núm. 2.</p> <p>Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 349 y 350 Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 370. Daño en bien ajeno Art. 370 agravado Núm. 4 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 372. Núm. 1 y 2. (Decreto Ley 100 de 1980).</p>	<p>Elí Mejía Mendoza</p>

<p>que él pudiera ejecutar los planes y programas como se había previsto.</p> <p>Toma a la inspección de policía de la Arada, municipio de Alpujarra, departamento del Tolima, el 16 de noviembre de 1999.</p> <p>Queda a cargo del cuidado de: Alan Jara, Consuelo Gonzales, Gloria Polanco, Ingrid Betancourt, Clara López.</p>		
<p>Toma a la base militar y al comando de la policía del municipio de la Uribe, departamento de Villavicencio, el 4 de agosto de 1998.</p> <p>Prestó guardia al puesto de mando que estaba ubicado a 400 metros de la base militar, se encontraba en la vía con un fusil.</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio Mitú, departamento del Vaupés, el 1, 2 y 3 de noviembre de 1998</p>	<p>Tentativa de homicidio en persona protegida Tortura en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Desaparición forzada con el agravante del art. 58 Núm. 2. Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980). Art. 349 y 350 Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980). Art. 370. Daño en bien ajeno Art. 370 agravado Núm. 4 (decreto Ley 100 de 1980). Art. 372. Núm. 1 y 2. (Decreto Ley 100 de 1980).</p>	<p>Carlos Giovanni Sierra Romero</p>
<p>Toma a la base militar y al comando de la policía del municipio de la Uribe, departamento de Villavicencio, el 4 de agosto de 1998.</p> <p>Tenía la misión de atacar la base avanzada militar, comisión de asalto, lanzaron un artefacto explosivo, matar un centinela y retener a un enfermero.</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio Mitú, departamento del Vaupés, el 1, 2 y 3 de noviembre de 1998.</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio de Puerto Rico, departamento del Meta, 10, 11 y 12 de julio de 1999.</p> <p>Hacia parte de una comisión de asalto</p>	<p>Tentativa de homicidio en persona protegida Tortura en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias. Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3. Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Desaparición forzada con el agravante del art. 58 Núm. 2. Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980). Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980). Daño en bien ajeno Art. 370 agravado Núm. 4 (decreto Ley 100 de 1980). Art. 372. Núm. 1 y 2. (Decreto Ley 100 de 1980).</p>	<p>Gustavo Lazo Céspedes</p>

<p>Toma a la base militar y al comando de la policía del municipio de la Uribe, departamento de Villavicencio, el 4 de agosto de 1998.</p> <p>Prestar seguridad para la movilidad de la ametralladora punto 50, se ubicó en la parte alta de donde estaba la base militar, la misión era disparar contra la aviación, ni dejar aterrizar o desembarcar apoyo.</p> <p>Carga el mortero.</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio Mitú, departamento del Vaupés, el 1, 2 y 3 de noviembre de 1998.</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio de Puerto Rico, departamento del Meta, 10, 11 y 12 de julio de 1999.</p> <p>Era el encargado de cargar y llevar una de las partes que integraban el mortero.</p>	<p>Tentativa de homicidio en persona protegida Tortura en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p> <p>Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias.</p> <p>Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3.</p> <p>Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p> <p>Desaparición forzada con el agravante del art. 58 Núm. 2.</p> <p>Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 349 y 350 Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Daño en bien ajeno Art. 370 agravado Núm. 4 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 372. Núm. 1 y 2. (Decreto Ley 100 de 1980).</p>	<p>Norberto Caballero Valderrama</p>
<p>Toma a las bases de policía de antinarcóticos y una base móvil del ejército nacional adscrita al batallón Joaquín Paris, del municipio de Miraflores, departamento del Guaviare, el 3, 4 y 5 de agosto de 1998.</p> <p>Ya fue condenado en el 2005 por esta toma, se le va a adicionar</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio de Puerto Rico, departamento del Meta, 10, 11 y 12 de julio de 1999.</p> <p>Hacia parte de una comisión de aseguramiento.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Tentativa de homicidio en persona protegida Tortura en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p> <p>Toma de rehenes.</p> <p>Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3.</p> <p>Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p> <p>Desaparición forzada.</p> <p>Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980).</p>	<p>Jhon Jairo Gonzales Nieto</p>
<p>Toma a las bases de policía de antinarcóticos y una base móvil del ejército nacional adscrita al batallón Joaquín Paris, del municipio de Miraflores, departamento del Guaviare, el 3, 4 y 5 de agosto de 1998.</p>	<p>Homicidio en persona protegida. Tentativa de homicidio en persona protegida Tortura en persona protegida. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p> <p>Actos de terrorismo.</p> <p>Toma de rehenes.</p> <p>Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias.</p> <p>Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3.</p> <p>Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p>	<p>Jorge Eliecer Jiménez Martínez</p>

	<p>Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.</p> <p>Desaparición forzada con el agravante del art. 58 Núm. 2.</p> <p>Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 349 y 350 Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 370. Daño en bien ajeno Art. 370 agravado Núm. 4 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 372. Núm. 1 y 2. (Decreto Ley 100 de 1980).</p>	
<p>Toma a las bases de policía de antinarcóticos y una base móvil del ejército nacional adscrita al batallón Joaquín París, del municipio de Miraflores, departamento del Guaviare, el 3, 4 y 5 de agosto de 1998.</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio Mitú, departamento del Vaupés, el 1, 2 y 3 de noviembre de 1998</p>	<p>Homicidio en persona protegida.</p> <p>Imputación parcial por los hechos de la toma de Mitú, porque ya tiene una condena por homicidio agravado.</p> <p>Tentativa de homicidio en persona protegida</p> <p>Tortura en persona protegida.</p> <p>Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p> <p>Actos de terrorismo. Está condenada por terrorismo, se le va a adicionar.</p> <p>Toma de rehenes.</p> <p>Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias.</p> <p>Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3.</p> <p>Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p> <p>Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.</p> <p>Desaparición forzada con el agravante del art. 58 Núm. 2.</p> <p>Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 349 y 350 Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 370. Daño en bien ajeno Art. 370 agravado Núm. 4 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 372. Núm. 1 y 2. (Decreto Ley 100 de 1980).</p>	Jenny Rodríguez Villanueva
<p>Toma a las bases de policía de antinarcóticos y una base móvil del ejército nacional adscrita al batallón Joaquín París, del municipio de Miraflores, departamento del Guaviare, el 3, 4 y 5 de agosto de 1998.</p> <p>Encargado de asegurar la pista.</p>	<p>Homicidio en persona protegida.</p> <p>Imputación parcial por los hechos de la toma de Mitú, porque ya tiene una condena por homicidio agravado.</p> <p>Tentativa de homicidio en persona protegida</p> <p>Tortura en persona protegida.</p> <p>Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p>	Yolman Ferney Sosa Arango



<p>Toma a la estación de policía del municipio Mitú, departamento del Vaupés, el 1, 2 y 3 de noviembre de 1998</p> <p>Hacia parte de una tropa de asalto por el lado de la pista, le dieron a cargar 120 bombas</p> <p>Toma a la estación de policía del municipio de Puerto Rico, departamento del Meta, 10, 11 y 12 de julio de 1999.</p> <p>Hacia parte de una comisión de aseguramiento, se encontraba acantonado a 1 hora del municipio de Puerto Rico.</p>	<p>Actos de terrorismo. Está condenada por terrorismo, se le va a adicionar.</p> <p>Toma de rehenes.</p> <p>Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias.</p> <p>Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3.</p> <p>Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p> <p>Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.</p> <p>Desaparición forzada con el agravante del art. 58 Núm. 2.</p> <p>Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 349 y 350 Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 370. Daño en bien ajeno Art. 370 agravado Núm. 4 (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Art. 372. Núm. 1 y 2. (Decreto Ley 100 de 1980).</p>	
<p>Toma a población de la vereda el Villar, departamento del Caquetá, el 1, 2 y 3 de marzo de 1998, inspección de peñas coloradas, ataque a la base militar del Villar. Su labor fue prestar seguridad para efectos de la incursión.</p> <p>Estaba en una escuela de la guerrilla, llamada Isaías Pardo, la cual estaba muy cerca del Villar. Estaba haciendo un curso avanzado.</p> <p>Su labor consistía en evitar que hubiera abastecimiento (de tropas, municiones y alimentos) de la población objeto del ataque.</p>	<p>Homicidio en persona protegida.</p> <p>Tentativa de homicidio en persona protegida</p> <p>Tortura en persona protegida.</p> <p>Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos.</p> <p>Toma de rehenes.</p> <p>Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Núm. 1, 2 y 3.</p> <p>Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario.</p> <p>Desaparición forzada.</p> <p>Secuestro simple, (decreto Ley 100 de 1980).</p> <p>Hurto calificado y agravado Núm. 1, 2 y 3, art. 351 Núm. 11 (decreto Ley 100 de 1980).</p>	<p>Dumar Yopez Hurtado</p>

La tabla 2. Imputación Fáctica realizada por la Fiscalía en el caso Martín Sombras. Hace referencia a 11 hechos: 6 Tomas (Miraflores, Mitú, Puerto Rico-Meta, la Uribe, el Villar, la Alpujarra); 5 hechos (toma de rehenes). Imputación Jurídica realizada por la Fiscalía en la Ley 599 de 2000 que entró en vigencia el 25 de julio de 2001.

En síntesis, en el proceso de la LJP no se ha comprendido aun el alcance del concepto de JTr, y en razón a esto, se han desbordado los límites comprensibles del Derecho Internacional (DIH, DIDH, Estatuto de Roma) y de los principios generales del Derecho penal; realizando, juzgando y condenando a partir de la sobre calificación jurídica, la implementación de la ‘legalidad flexible’, el desbordamiento de la cosa juzgada y la imprescriptibilidad de las sanciones penales, pero especialmente, de la interpretación errada de los alcances de los tipos penales contenidos en el Estatuto de Roma

## **2.6. Los llamados *delitos base* en la LJP: concierto para delinquir y rebelión.**

El *delito base* significa que en el proceso de JyP, como no existía una justificación para la desmovilización colectiva e individual que permitiera establecer una diferencia entre los postulados de los grupos paramilitares, y los postulados que desertaron de los grupos insurgentes para desmovilizarse, de *facto* se asumió que la organización de los grupos de autodefensas o paramilitares se ajustaba al tipo penal de *concierto para delinquir*; mientras que la organización de la guerrilla se ajustaba al tipo penal de *rebelión*.

Esto se asumió con el fin de justificar que se trata de organizaciones que cumplen los requisitos de *grupos al margen de la ley que hacen parte del conflicto armado*, lo cual no significa que sea cierto, porque el solo hecho de imputar a las autodefensas el delito base de concierto para delinquir, los clasifica como delincuentes comunes.

Para dilucidar este tema es necesario hacer un recorrido, normativo tanto del delito de concierto para delinquir como del delito político, con el fin de ilustrar que el tratamiento jurídico que se debe dar al delincuente común debe ser diferente al del delincuente político, y que no es la JTr, en la forma como se ha implementado en la LJP, el escenario para resolver el conflicto armado en Colombia.

### **2.6.1. Reseña histórica del delito de concierto para delinquir en Colombia.**

El delito de concierto para delinquir se tipificó en la Ley de 27 de junio de 1837<sup>451</sup> y en el Capítulo VI dentro de los “DELITOS Y CULPAS CONTRA LA TRANQUILIDAD Y

---

<sup>451</sup>VALERO MONTENEGRO. *El Delito Político en el Caso de la Parapolítica.*, Revista Vía Iuris No 09, Bogotá, Julio a diciembre de 2010, pp. 85 a 107. Valga precisar que en 1837, cuando se expidió este ordenamiento, aún no existía el Diario Oficial (este fue fundado el 30 de abril de 1864); el ejemplar consultado se obtuvo de: Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales. Codificación Nacional de todas las Leyes de Colombia desde el año 1821, hecha conforme a la Ley 13 de 1912. (Tomo VI Años 1836 y 1837). República de Colombia. (Ubicación:

CONTRA EL ORDEN PÚBLICO”, estableció en el artículo 277 que “Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos, contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas”. Responden los jefes con penas de dos a seis años de trabajos forzados; los demás cuadrilleros con pena de presidio de uno a cuatro años; los colaboradores con penas de presidio de ocho meses a tres años y cuando superen los veinte malhechores serán castigados como sediciosos”<sup>452</sup>.

EL Código Penal de Estados Unidos de Colombia, contenido en la Ley 112 de 26 de junio de 1873, mantuvo la definición de cuadrilla del código de 1837 en su artículo 210 dentro de los “DELITOS CONTRA LA PAZ Y EL ORDEN INTERIOR”<sup>453</sup>. Adicionalmente en su artículo 211 versa: *“Los artículos subsiguientes modifican las penas de los jefes con prisión de uno a tres años; a los demás cuadrilleros a la mitad de la pena anterior; los colaboradores con penas de seis a doce meses de prisión, y cuando pasen de 20 serán castigados como sediciosos”*<sup>454</sup>.

---

Biblioteca Nacional de Colombia, Sala Daniel Samper, No. Top.: VFDU 1 153 Codificación Nacional). Tomado del artículo denominado.

<sup>452</sup> Artículo 278. Los jefes, directores o promotores de estas cuadrillas por sólo serlo y aunque no cometan otro delito, serán castigados con la pena de dos a seis años de trabajos forzados.

Artículo 279. Los demás cuadrilleros serán también, por sólo serlo, condenados a prisión por uno a cuatro años.

Artículo 280. Los demás que a sabiendas suministraren a las cuadrillas o a los que han tomado partido en ellas, armas, municiones u otros instrumentos, o les dieran acogida, o les facilitaren lugar de reunión o seguridad, serán castigados por este solo hecho con la pena de presidio por ocho meses a tres años.

Artículo 281. Si cuatro o más de los reunidos en cuadrillas hubieren usado armas, se les aplicarán dobles las penas referidas en los artículos anteriores.

Art. 282. Si pasaren de veinte los individuos que compongan la cuadrilla o cuadrillas que obren de común acuerdo, serán castigados como sediciosos, en los términos expresados en el capítulo 2° de este título.

<sup>453</sup> Art 210. “Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas mancomunadas para cometer juntas o separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o las propiedades, sean públicas o privadas.

<sup>454</sup> Art. 211. Los jefes, directores o promotores de estas cuadrillas por solo serlo aunque no cometan otro delito, serán castigados con la pena de uno a tres años de prisión.

Art. 212. Los demás cuadrilleros serán también, por serlo, condenados a la mitad de la pena del artículo anterior.

Art. 213. Los demás que a sabiendas, suministren a las cuadrillas, o a los que han tomado partido en ellas, armas, municiones u otros instrumentos, o les diesen acogida (sic.), o les facilitasen lugar de reunión o seguridad, serán castigados por este sólo hecho con la pena de seis a doce meses de prisión.

El Código Penal de 1873, con base en la Constitución de Rio negro (1863), eliminó las penas de muerte y todas las infamantes y estableció límites a las corporales. En términos generales, este código siguió los lineamientos del de 1837.

El Código Penal contenido en la Ley 19 del 18 de octubre de 1890, dentro los delitos contra la tranquilidad y el orden público definió lo referente a las “cuadrillas de malhechores”<sup>455</sup> en los mismos términos que los códigos anteriores; sin embargo, incrementó las penas para los jefes de dos a tres años de presidio; a los demás cuadrilleros, de uno a tres años de presidio; y adicionalmente incorporó la pena de muerte en los casos de asalto más grave, “*cuando va acompañado de homicidio voluntario, violación de mujer o mutilación o lesión deliberada que deje impotente o ciego al ofendido*”<sup>456</sup>.

Se incorporó en la autoría la responsabilidad de los jefes si no se lograba descubrir cuál de los cuadrilleros había cometido los delitos y en sentido contrario; si no se conocieren los jefes, todos los cuadrilleros debían responder como autores. En el caso de los delitos realizados fuera de los acordados por la cuadrilla, “*se castigará a los que sean responsables de ellos, como si no existiere tal cuadrilla*”<sup>457</sup>.

El Código Penal expedido mediante Ley 95 de 1936<sup>458</sup>, en su Título V, “DE LA ASOCIACIÓN E INSTIGACIÓN PARA DELINQUIR Y DE LA APOLOGÍA DEL DELITO”, modificó el concepto de *cuadrilla de malhechores* e introdujo el de ‘*asociación organizada*’ “*con el propósito permanente para cometer delitos mediante el común acuerdo y*

---

Art. 214. Si cuatro o más de los reunidos en cuadrillas hubieren usado de armas, se les aplicarán dobles las penas referidas en los artículos anteriores.

Art. 215. Si pasaren de veinte los individuos que compongan la cuadrilla o cuadrillas que obren de común acuerdo, serán castigados como sediciosos en los términos expresados en el capítulo 2 [“Delitos contra el orden público”, arts. 177 al 183] de este título.

<sup>455</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 19 de 1890, art. 248. Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas, mancomunadas para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas.”

<sup>456</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 19 de 1890, art. 252.

<sup>457</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 19 de 1890, art. 254.

<sup>458</sup> En el Diario Oficial del jueves 29 de octubre de 1936, No. 23320, pp. 257 – 280, se publicó el Decreto No. 2300 de 14 de septiembre de 1936, “por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código Penal”. Sobre la entrada en vigencia de la Ley 95 de 1936, en su art. 435 se establecía como fecha el 1° de enero de 1937, empero, mediante Ley 124 de 1937 (art. 13) se aplazó para el 1° de julio de 1938.

*recíproca ayuda de los asociados*<sup>459</sup>”, estableciendo una pena de uno a tres años de presidio, independientemente de las demás conductas realizadas.

El Decreto 2525 de 1963, en su artículo 21, suprimió los 3 elementos de “organización, la permanencia y la recíproca ayuda de los asociados”, modificando el artículo 208 de la Ley 95 de 1936, con el incremento de las penas, de 5 a 14 años de presidio, aumentada de una tercera parte a la mitad para los organizadores o jefes.

Con el decreto Ley 100 de 1980 se tipificó como *concierto para delinquir* y se redujo la pena de 3 a 6 años de prisión “cuando varias personas se concierten para cometer delitos<sup>460</sup>” y se aumentan en una tercera parte para los cabecillas.

Con la expedición de la Ley 365 de 1997 se modificó el artículo 186, incorporando penas de 10 a 15 años de prisión, “cuando el concierto sea para cometer delitos de terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para conformar escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios”, y se aumentó del doble al triple para los que organizaran, promovieran y fomentaran el concierto<sup>461</sup>.

La Ley 589 de 2000<sup>462</sup> incorporó nuevas finalidades al delito de concierto para delinquir, esto es, “Si la conducta se realiza para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio...”

Con el actual Código Penal, en el Título XII, *delitos contra la seguridad pública*, se mantiene la pena del delito principal y se reduce la pena de prisión de 6 a 12 años en las demás circunstancias. Posteriormente, con la Ley 890 de 2004 se incrementó la pena, de una tercera parte a la mitad, para todos los tipos contenidos en el Código del año 2000.

La Ley 1121 del 29 de diciembre de 2006<sup>463</sup> modificó el inciso 2 del artículo 340 y dispuso una pena de 8 a 18 años

---

<sup>459</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 95 de 1936, art. 208.

<sup>460</sup> PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto Ley 100 de 1980, art. 186 y ss.

<sup>461</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 365 del 21 de febrero de 1997, “Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones. Artículo 8 que modifica el artículo 186 del código de 1980”. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22771>.

<sup>462</sup> “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”.

<sup>463</sup> “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”.

*“Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”.*

## **2.6.2. Reseña histórica del delito político en Colombia.**

Con la Ley 27 de 1837 se tipificó por primera vez el delito político:

Artículo 232. Es rebelión el levantamiento o insurrección de una porción más o menos numerosa de súbditos de la república, que se alzan contra el gobierno supremo constitucional de la Nación, negándole la obediencia debida, o procurando sustraerse de ella, o haciéndole la guerra con las armas.

Artículo 233. [...] los autores principales son traidores, serán declarados infames y sufrirán la pena de muerte.

Para el delito político, la Ley del 26 de mayo de 1849, dictada bajo la administración de José Hilario López, suprimió las penas de muerte, trabajos forzados, presidio, reclusión, prisión, infamia y vergüenza pública, y las reemplazó por la expulsión del territorio nacional.

El Código de 1873 clasificó los delitos en (1) políticos, (2) de responsabilidad y (3) comunes o privados, en los que los políticos eran aquellos cometidos por empleados o funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones<sup>464</sup>.

El Código penal contenido en la Ley 19 del 18 de octubre de 1890 impuso la pena capital para delitos políticos y militares (arts. 41 y 48).

La definición del delito de rebelión en la Ley 95 de 1936, señaló en su artículo 139:

[...] alzamiento en armas para derrocar al gobierno nacional, legalmente constituido, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiera a la formación, funcionamiento o renovación de los poderes públicos u órganos de la soberanía.

A pesar de ser un código de corte peligrosista, el artículo 141 estipuló que

*“Los rebeldes no quedarán sujetos a responsabilidad por las muertes o lesiones causadas en el acto de un combate; pero el homicidio cometido fuera de la refriega, el incendio, el saqueo, el*

---

<sup>464</sup>COLOMBIA NUNCA MÁS. *¿Terrorismo o Rebelión? Tratamiento a la Rebelión en Colombia*, Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo. Bogotá, 02 de diciembre de 2002. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap3.html>.

*envenenamiento de fuentes o depósitos de agua, y en general los actos de ferocidad o barbarie, darán lugar a las sanciones respectivas, aplicadas acumulativamente con las de rebelión”.*

Es claro que se reconoce la benignidad para el delito político y se lo cataloga como un delito complejo.

A partir de 1948, fecha en la cual se recrudece la violencia partidista en Colombia por el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán<sup>465</sup>, y teniendo en cuenta la violencia conservadora contra la población, y luego la violencia por parte de los dos partidos tradicionales, se empezó a juzgar a los rebeldes por el delito de asociación para delinquir y delitos conexos, omitiendo su estatus de rebeldes. Esta situación se mantuvo hasta 1954; fecha en la que se concedería amnistía “para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1° de enero del presente año”<sup>466</sup>. De aquí en

---

<sup>465</sup> “A partir de las elecciones presidenciales de 1946 se presentó una división en el partido liberal. Por un lado, Gabriel Turbay, como candidato oficial, y por el otro Jorge Eliécer Gaitán, situación que allanó el camino para que el minoritario partido conservador, a la cabeza del cual estaba Mariano Ospina Pérez, recuperara la conducción política del país. Al año siguiente, y en medio de las contradicciones internas del partido liberal, Gaitán se perfilaba como el seguro presidente para el siguiente período, de 1950, en un contexto donde la oligarquía bipartidista monopolizaba la riqueza y el poder político y el pueblo vivía en la pobreza, mientras que Gaitán hablaba con claridad de unir al pueblo contra la oligarquía, es decir, el país nacional contra el país político. La oligarquía, temerosa del potencial revolucionario de las masas que lo seguían, no pudo soportar la incertidumbre. Gaitán fue asesinado el 9 de abril de 1948, fecha que marca un hito en la historia contemporánea del país, asociada al comienzo de la violencia, sin desconocer que este crimen fue la culminación de una primera oleada represiva iniciada en 1945 por Alberto Lleras Camargo y continuada luego por Ospina Pérez.

El pueblo respondió al asesinato de Gaitán con un levantamiento espontáneo conocido como el bogotazo, que por su organización, contenido y duración tuvo su más alta expresión en la provincia con la creación de juntas revolucionarias, gobiernos populares y milicias campesinas<sup>(2)</sup>, reprimidas militar, policiva y penalmente. Su factor dominante fue el terrorismo oficial a través de sus aparatos represivos como la tenebrosa policía "chulavita", pueblo conservador armado por la Policía en Boyacá y luego práctica generalizada en el territorio nacional y complementada con la acción de organizaciones paramilitares conocidas como los "pájaros", al servicio de los terratenientes liberales y conservadores, fundamentalmente en el Valle y Caldas, los "aplanchadores" en Antioquia y los "penca ancha" en las sabanas de Sucre. Sus víctimas habrían de contarse por centenares de miles de muertos.”

Amnistía E Indulto Para Los Opositores Políticos. Tomado de la página: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap5.html>

<sup>466</sup> COLOMBIA NUNCA MAS.... El 8 de julio de 1954 entraron a regir simultáneamente los decretos Leyes 1823 y 2062, mediante los cuales se concedió la amnistía e indulto para quienes cometieron delitos contra el Estado, como consecuencia de la defensa que habían realizado frente a la agresión de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional o de los grupos paramilitares o "pájaros" creados y desarrollados por los partidos políticos tradicionales. Igualmente, se equipararon los crímenes cometidos por todos los particulares armados por el Estado para que atacaran a los grupos liberales. Los propósitos de este decreto se encuentran establecidos en el artículo 1° del decreto 1823:

"Concédase amnistía para los delitos políticos cometidos con anterioridad al primero de enero del presente año".

adelante, se entregaría la investigación y juzgamiento de los rebeldes a la Justicia Militar en virtud del llamado “estado de sitio”, en el que, para mantener el orden público, los militares debían juzgar a los rebeldes; es decir, serían juzgados por el poder ejecutivo a través de la justicia castrense. Esto, hasta 1987, cuando la Corte Suprema de Justicia lo declaró inconstitucional.

El decreto 1857 de 1989 estipuló una pena de 5 a 9 años de prisión para el delito de rebelión para *“los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal”*<sup>467</sup>.

En esta misma normativa figuraba el artículo 127, que hacía referencia a la exclusión de la pena: “Los rebeldes o sediciosos no quedaran sujetos a la pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”. Esto fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-456 de 1997 y a la cual haré referencia más adelante.

Finalmente, en el actual Código Penal<sup>468</sup> se incrementó en un año el mínimo de la pena para los delitos políticos, y con la derogatoria del artículo 127 se configuró como un delito autónomo y sin conexidad. Con la Ley 890 de 2004<sup>469</sup> se incrementó la pena de prisión en la tercera parte en el mínimo de la pena y la mitad en el máximo.

---

“Para los efectos del presente decreto, se entiende por delitos políticos todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos...”

“Artículo 3. Concédase indulto a los sindicados condenados en sentencia ya ejecutoriada por los delitos señalados en el artículo 1° El Juez o Tribunal que haya proferido la sentencia de primera instancia, de oficio o a solicitud de parte, ordenará dentro del termino indicado en el artículo 2°, la libertad incondicional del reo”.

Como consecuencia de la aplicación de esta Ley, efectivamente recobraron la libertad muchos de los guerrilleros presos, quienes se reintegraron a sus trabajos en el campo, sin recibir a cambio ningún beneficio de carácter económico o social. A los miembros de los grupos paramilitares de la época, quienes en su mayoría no fueron encarcelados por los crímenes cometidos, les fueron perdonadas sus conductas.

<sup>467</sup> Artículo 121 del decreto Ley 100 de 1980, modificado por el Decreto 1857 de 1989 en su artículo 1.

<sup>468</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col. ), que entró a regir el 25 de julio de 2001, arts. 467 a 473.

<sup>469</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 890 de 2004. Art. 14 “Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente Ley.



### 2.6.3. Su incidencia en el proceso de JyP

Desde el origen mismo de la expedición de la LJP, y en aras de establecer un mecanismo para la incorporación de los grupos de autodefensas a la vida civil, se consideró la necesidad de la pena alternativa para justificar la comisión de crímenes de mayor gravedad cometidos por estos grupos con el fin de ‘acabar’ con la subversión.

Es así como se dispuso en el art. 71 de la ley que

*“También incurrirán en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensas, cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso la pena será la misma prevista para el delito de rebelión”<sup>470</sup>.*

La pretensión inicial era la de otorgar estatus de delito político a los crímenes cometidos por grupos de autodefensas, que distan mucho de pretender derrocar el régimen constitucional o legal o impedir transitoriamente su libre funcionamiento; por el contrario, se ha mostrado a lo largo de este escrito que los grupos de autodefensas trabajaban mancomunadamente con los agentes del Estado, precisamente, para mantener el régimen legal y constitucional, vigente a través de la comisión de crímenes contra la humanidad.

En la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 975 se solicitó la declaratoria de exequibilidad del mencionado artículo, con fundamento en que

*“La norma es contraria a la Constitución, que prevé un trato excepcional al delito político, y desconoce el hecho de que en la legislación colombiana el paramilitarismo nunca ha sido considerado como delito de sedición. La modificación introducida al tipo penal de sedición no corresponde al concepto de delito político, que tiene como uno de los elementos fundamentales la oposición al Estado”.*

En ese sentido, el artículo 71 de la Ley 975/05 *“vulnera el deber de garantía del Estado y la obligación de garantizar un recurso efectivo, que incluye el acceso a la justicia y el deber del Estado de investigar los delitos cometidos en su territorio”<sup>471</sup>.*

---

<sup>470</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col.) . “Art. 467 Rebelión. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al gobierno nacional o suprimir o derrocar el régimen constitucional o legal vigente incurrirán en prisión de seis a nueve años y multa de cien a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Art. 168 Sedición. Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirá en prisión de dos a ocho años y multa de cincuenta a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<sup>471</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-370 de 2006, núm. 1.2.2.

La Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esta norma por vicios de forma<sup>472</sup> y se abstuvo de pronunciarse de fondo. De esta manera, el artículo 71 de la Ley 975 es declarado inconstitucional desde la fecha de expedición de la sentencia, esto es, desde el 18 de mayo de 2006.

La Corte Suprema de Justicia<sup>473</sup> se pronunció al respecto afirmando que los delitos cometidos por paramilitares “bajo ningún pretexto alcanzan a ser considerados como autores del punible de sedición, por cuanto tales comportamientos no pueden ser asimilados al concepto de delito político”.

Con base en esta declaratoria de inconstitucionalidad, y atendiendo a que el delito político no puede predicarse en la LJP para los paramilitares, tampoco podría hacerse, *prima facie*, para la subversión, dentro del marco de la LJP.

Sin embargo, en virtud de la normatividad que existe en la legislación penal colombiana, son precisamente los grupos subversivos los que han buscado desde antaño “derrocar al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente<sup>474</sup>” y no los grupos de autodefensas, a quienes no se les puede otorgar ese estatus, por lo que los parámetros de juzgamiento de unos y otros debe ser diferente. Pero esto no se tuvo en consideración en la LJP pese a que es uno de los factores determinantes en el colapso de la LJP.

Inicialmente la Ley 975 tenía como finalidad permitir la desmovilización<sup>475</sup> de los grupos de autodefensas mediante la desmovilización colectiva, pero finalmente se incorporó en el

---

<sup>472</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-370 de 2006, núm. 3.4.3.17. Visto el trámite que se dio por el Congreso a los artículos 61 y 64 del proyecto de Ley en cuestión, que se convirtieron en los artículos 70 y 71 de la Ley 975 de 2005, resulta evidente que a ellos se aplicaron, sin que fuera procedente, los artículos 159 de la Constitución Política, 166 y 180 de la Ley 5 de 1992, circunstancia esta que deviene en la inconstitucionalidad de las normas acusadas.

<sup>473</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, segunda instancia. Rad. 26945 del 11 de julio de 2007. Disponible en: [http://www.observatorioddrr.unal.edu.co/ambitojuridico/catalogo\\_juridicojyp/26945\\_11-07-07.pdf](http://www.observatorioddrr.unal.edu.co/ambitojuridico/catalogo_juridicojyp/26945_11-07-07.pdf).

<sup>474</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col.), art. 467. Este código entró a regir un año después.

<sup>475</sup> CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 975 de 2005 (LJP), art. 9. Se entiende por desmovilización el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente.

artículo 11 la desmovilización individual, a la cual empezaron a acceder gran número de guerrilleros desmovilizados de manera individual.

A pesar de haberse declarado la exequibilidad del artículo 71, parece ser que la finalidad de la ley se cumplió al equiparar los delitos de los grupos de autodefensas y el paramilitarismo en el mismo nivel que los cometidos por miembros de la subversión, y judicializarlos y condenarlos bajo el mismo racero; es decir, como autores de crímenes de lesa humanidad y crímenes contra el DIH, indistintamente de que el actuar de los miembros de los grupos subversivos tuviera o no un objetivo político.

Es así como en el proceso judicial de Justicia y Paz se presenta la primera dificultad en relación con lo que se ha denominado, en el ámbito de la costumbre procesal, el *delito base*.

Se ha asumido que si el imputado es un miembro desmovilizado del grupo organizado al margen de la ley que lo hizo colectivamente con el bloque o el frente al que pertenecía, el delito base de imputación es el *concierto para delinquir*<sup>476</sup>. Si el imputado es un desmovilizado individual que hace parte de un grupo subversivo, el delito base es *la rebelión*<sup>477</sup>.

Esta distinción para establecer el delito base de imputación genera múltiples controversias para que dos grupos totalmente diferentes sean juzgados y condenados bajo los parámetros de la misma ley y por los mismos delitos.

Las razones por las cuales no se debe juzgar a un grupo al margen de la ley, como las autodefensas, de la misma manera que a los integrantes de la subversión, están referidas a razones políticas de derecho internacional y de carácter dogmático:

---

<sup>476</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col. ). Artículo 340, modificado por el artículo 8° de la Ley 733 de 2002, “Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta con prisión de 48 a 108 meses”.

Inc. 2. Modificado. Ley 1121 de 2006, art 19. Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas la pena será de prisión de ocho a 18 años y multa de 2.700 a 30000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

<sup>477</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col. ). “Art. 467. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de 96 a 162 meses y multa de 133.33 a 300 Salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

### Desde el punto de vista político

El rebelde responsable de un delito político es

*“un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. Y es obvio que así sea, pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas”*<sup>478</sup>.

En la Antigua Roma el delito político<sup>479</sup> fue denominado *perduellio*<sup>480</sup>. En la época medieval, desde la caída del imperio romano y hasta 1786, se le otorgó el terrible<sup>481</sup> y fantasmagórico<sup>482</sup> nombre de *lesa majestad*. El periodo contemporáneo desde 1786<sup>483</sup> hasta la actualidad, el término se transformó en delitos contra la seguridad del Estado y

*“cuando tratamos de definir el delito llamado de alta traición o de insurrección armada, desde el punto de vista de una razón jurídica absoluta, anterior al hecho, de nuevo estaremos muy lejos del derecho racional y firme del Derecho penal”*<sup>484</sup>.

Por esta razón, CARRARA desistió de realizar un estudio más profundo del delito político, pues consideró que la exposición de los delitos políticos no puede ser sino una historia que no amerita un estudio más profundo, y desde el punto de vista filosófico, afirmó que el Derecho

---

<sup>478</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 de 1997

<sup>479</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial*. Vol. VII., Ed. Temis, Bogotá, 1996, 3934, p. 521. Afirma BLUNTSCHLI que “la distinción entre guerra civil y guerra con el extranjero es irracional, odiosa, hija de la tiranía y de la prepotencia; que los insurgentes con tal que estén organizados a manera militar y tengan por fin algún cambio en el orden político del Estado, deben ser considerados como soldados enemigos, ser juzgados con arreglo a las Leyes de la guerra y ser tratados como prisioneros, no como delincuentes, aún cuando sean muy pocos en números y el resultado de la lucha haya sido desfavorable a sus intentos. Se dice que no puede haber delito cuando se obra para obtener el bien de la nación y que esta no puede considerarse agredida por los que quieren mejorar la suerte de ella, a costa e la propia vida. La pugna ya no es entre la nación y los insurgentes, sino solamente entre unos hombres y otros hombres, algunos de los cuales, con expresión creada de manera acomodaticia, se llaman Estado”.

<sup>480</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial*. Vol. 9., Ed. Temis, Bogotá, 1996, 3917.

<sup>481</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial...*, op. cit., p. 514 “porque se apoya en millones de cadáveres”.

<sup>482</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial...*, op. cit., p. 514 “porque su designio era sustituir con los fantasmas del miedo, y con los principios excepcionales y feroces, los preceptos de la justicia”.

<sup>483</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial...*, op. cit., p. 514 (año de la primera abolición solemne ordenada de modo legislativo del titulo de lesa majestad)

<sup>484</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial...*, op. cit., p. 521.

penal es impotente porque jamás podrá “*ser árbitro de la suerte de un hombre a los que unos aplauden y otros execran*”<sup>485</sup>.

El delito político, proviene de dos tradiciones históricas: (1) razón de estado y (2) derecho de resistencia.<sup>486</sup> Siguiendo la categoría inicial de delitos de lesa majestad<sup>487</sup>, el delito político es una categoría en contraposición al delito común que nació en Francia en el siglo XIX<sup>488</sup>. La primera tradición es la configuración de la *razón de estado*, entendido como el principio normativo que hace del *bien del estado*, el fin primario e incondicionado de la acción del gobierno<sup>489</sup>. La segunda tradición es la configuración de la *razón de estado*, entendido como el principio normativo que hace del *bien del estado*, el fin primario e incondicionado de la acción del gobierno<sup>490</sup>. es la que surge del derecho de resistencia “concebido como el derecho natural de grupos sociales organizados o de todo el pueblo a oponerse por cualquier medio – incluso por el delito político y hasta el regicidio– al ejercicio abusivo y tiránico del poder estatal”<sup>491</sup>, que se desarrolla con las doctrinas de la desobediencia.

Solamente sustentada en esta segunda tradición, es posible la normativa de la Ley 975 de la “*reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al*

---

<sup>485</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial...*, op. cit., p. 525.

<sup>486</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 809 y ss.

<sup>487</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995. “Antes de las codificaciones modernas, estos delitos entraban en las mas vastas categorías de los criminas *laesae maiestatis*, sustraída por su propia naturaleza al principio de estricta legalidad en cuanto comprendía cualquier ofensa - incluso la mas leve, hasta la *cogitatio* o la *voluntas sine actu* – a la autoridad de soberano”.

<sup>488</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 838. “4. Los primeros textos legislativos en los que aparece la expresión “delito político” son la Constitución francesa de 14.8.1830, cuyo artículo 69 prevé para los *delits politiques* la aplicación del jurado; una Ley de amnistía para tales delitos del 8.10.1930...”

<sup>489</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 810. “El príncipe de MAQUIAVELO es, en su sustancia, un tratado sobre la razón de estado, aunque esta expresión aparezca nunca en él. Y desde Maquiavelo en adelante, la idea de la “razón de estado”, como superioridad de la razón política respecto al derecho y a la morales de hecho, , aunque no se desarrolle expresamente, el principio inspirador de todas las filosofías políticas, estatistas, desde los teóricos del absolutismo como BODINO Y BOTERO, a las doctrinas de “los intereses de los estados”” en la Francia del siglo XVII, hasta FICHTE, HEGEL, y por ultimo, Carl SCHMITT, que son filosofías curiosamente convergentes, en este aspecto, con las doctrinas revolucionarias de – NECAEV a LUCKAS y a las perversiones estalinistas y terroristas – sobre la justificación ético política de las “manos sucias” y del uso “oportunista” del derecho”

<sup>490</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 810.

<sup>491</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 809.

*margen de la ley...*<sup>492</sup>”. Significa esto que la LJP, tal como está implementada y desconociendo el derecho de resistencia de *oposición a un poder tiránico*, juzga con el mismo racero a los paramilitares y a los integrantes de los grupos subversivos que deciden desmovilizarse de manera individual. La razón de esto es ‘equiparar’ los crímenes cometidos por los paramilitares y la subversión sin ningún tipo de distinción.

#### Desde el punto de vista del DIH y el DIDH

Los postulados desmovilizados de manera individual a la LJP son los subversivos de la guerrilla que participaron en el conflicto armado interno de Colombia en las últimas décadas, y a la luz del DIH conformarían el grupo de combatientes que realizaron actos hostiles permitidos por el DIH dentro del margen de la guerra misma. La vulneración contra el DIH deviene en la utilización de los métodos prohibidos y la vulneración contra las personas y bienes protegidos por el DIH.

Ahora bien, a la luz del DIH, tanto los insurgentes como los grupos de paramilitares y las fuerzas militares constitucionalmente establecidas son combatientes<sup>493</sup>, lo cual significa que ni las fuerzas militares, ni los paramilitares puedan ostentar la calidad de rebeldes. Sin embargo,

---

<sup>492</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005 (LJP), art. 1.

<sup>493</sup>CICR. “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra”, art. 43. “Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados.

2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades”.

3. Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto”.

para todos los actores del conflicto armado, se exige un límite en los actos de guerra que realicen en cuanto a métodos<sup>494</sup> y protección<sup>495</sup> por el DIH.

De acuerdo con las reglas del DIH se puede inferir que los actos hostiles de la guerra que no utilicen métodos no convencionales ni vulneren la protección de personas y bienes protegidos, no se deben judicializar, pues, como actos propios de la guerra, están permitidos para todos los actores del conflicto. El problema radica en el exceso de estos actos hostiles, caso en el cual, se deben judicializar en la legislación interna de cada estado parte<sup>496</sup> bajo el entendido de que para aquellos actos que no se apliquen a los miembros de las fuerzas armadas de la potencia detenedora, tampoco se aplicarán a su oponente, es decir, que aunque estén contemplados como delitos en la legislación interna, si no se aplican para las fuerzas militares del país, su aplicación tampoco tendría lugar para sus oponentes.

Hasta aquí se entiende que estas actividades que desbordan los límites propios del DIH constituyen crímenes que deben ser sancionados por las normas internas. En Colombia el

---

<sup>494</sup>CICR. “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra”. Sección I - Métodos y medios de Guerra.

“Artículo 35 - Normas fundamentales 1. En todo conflicto armado, el derecho de las Partes en conflicto a elegir los métodos o medios de hacer la guerra no es ilimitado.

2. Queda prohibido el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios.

3. Queda prohibido el empleo de métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido concebidos para causar, o de los que quepa prever que causen, daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural”.

<sup>495</sup>CICR. “Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra”. Sección I - Métodos y medios de Guerra. TÍTULO IV - POBLACIÓN CIVIL Sección I - Protección general contra los efectos de las hostilidades Capítulo I - Norma fundamental y ámbito de aplicación Artículo 48 - Norma fundamental “A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”

<sup>496</sup> CICR. “III Convenio de Ginebra”. Sanciones, art. 82 - Derecho aplicable

Los prisioneros de guerra estarán sometidos a las Leyes, los reglamentos y las órdenes generales vigentes en las fuerzas armadas de la Potencia detenedora. Ésta estará autorizada a tomar medidas judiciales o disciplinarias con respecto a todo prisionero de guerra que haya cometido una infracción contra tales Leyes, reglamentos u órdenes generales. No obstante no se autorizará persecución o sanción alguna contraria a las disposiciones del presente capítulo.

Si en las Leyes, en los reglamentos o en las órdenes generales de la Potencia detenedora se declara que son punibles actos cometidos por un prisionero de guerra, mientras que esos mismos actos no lo son cuando los comete un miembro de las fuerzas armadas de la Potencia detenedora, los correspondientes castigos sólo podrán ser de índole disciplinaria.

Código Penal, desde el año 2001, incorporó la sanción penal a los delitos cometidos contra el DIH.

Si el DIH es aplicable a todos los combatientes, sin distinción alguna, los crímenes que estos cometen, en la medida en que se desbordan y transgreden las reglas para hacer la guerra, las sanciones penales que se impongan deben emanar del derecho interno, y en ese orden de ideas, aplican para los combatientes que cometan crímenes, que emergen en virtud de la violación de los límites que impone el DIH.

Los actores del conflicto colombiano que han incursionado en violaciones contra el DIH y han desbordado los métodos de la guerra y afectado a las personas y a los bienes protegidos por el DIH, deben ser sancionados penalmente por la legislación interna, dependiendo de la calidad de cada uno de ellos. Es así como los miembros de las fuerza militares, los miembros de los grupos de autodefensas o paramilitares y los integrantes de los grupos subversivos que hayan cometido crímenes contra el DIH y crímenes de lesa humanidad deben ser sancionados de acuerdo con la legislación vigente.

Esto significa que es la Justicia ordinaria la competente para conocer este tipo de delitos y tal como lo establecen las normas del DIH, no pueden ser sometidos a ningún tipo de privilegios judiciales, excepto para los combatientes que ostenten la calidad de rebeldes incursos en el delito político.

Los Convenios de Ginebra<sup>497</sup> y los Protocolos adicionales afirman las reglas y métodos para hacer la guerra, pero no hacen distinción respecto de los fines de la guerra que tenga cada Estado parte o cada grupo que intervenga en ella. Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, estos tratados “refrendan el principio de asistencia desinteresada y sin discriminación a las víctimas, al hombre que, herido, prisionero o naufragó, sin defensa alguna, ya no es un enemigo, sino únicamente un ser que sufre”.

Es así como el artículo 2 determina que “el presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”. Recordemos que,

---

<sup>497</sup> CICR. “Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949”. Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. II. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar. III. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. IV. Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.



a pesar del conflicto armado que ha vivido Colombia hace más de cinco décadas, gran parte de los gobiernos de turno han negado la existencia de la guerra, lo que no significa, a la luz de este precepto, que no esté plenamente reconocido el estado de guerra.

Se puede constatar también que, en la medida en que los convenios no definen ni las modalidades, ni los fines, ni los alcances de la guerra, no contemplan en todo su ordenamiento un tratamiento especial en caso de conflicto armado interno, por virtud de la insurrección o derecho de resistencia de los pueblos, frente a un régimen que consideran injusto.

En este sentido, podemos afirmar que si bien el DIH contenido en los Convenios de Ginebra establece que las sanciones<sup>498</sup> para los combatientes están limitadas, tanto judicial como disciplinariamente, no incorpora la normatividad sobre el delito político y no establece, dentro de las reglas de la guerra, si el fin de la misma tiene objetivos nobles y altruistas en defensa de un sistema más justo. Esta ha sido una de las causas del desconocimiento del estatus político de los combatientes de los grupos subversivos.

*Desde el punto de vista de la dogmática penal.*

El tipo penal de *concierto para delinquir* está concebido dentro del ordenamiento jurídico como un *delito contra la seguridad pública*. El bien jurídico que se busca proteger es la seguridad. No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que

*“El simple hecho de ponerse de acuerdo para cometer delitos indeterminados, sea cual fuere su naturaleza, sea cual fuere el modus operandi y sea cual sea el objetivo final, es ya punible [...] la indeterminación que constituye el elemento estructural del tipo, está referida también a las circunstancias comisivas de los delitos cuya realización se acuerda, pero sin que en el momento de formalizarse dicho acuerdo se especificaran tales delitos, menos aún en sus circunstancias de realización”*<sup>499</sup>.

---

<sup>498</sup> Inciso 1 y 2 del artículo 50. “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Altas Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si está ha formulado contra ellas cargos suficientes”.

<sup>499</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación penal. Rad. 17089 del 23 de septiembre de 2003.

Este delito no se juzga por su finalidad, sino que es de mero peligro. *“En el concierto, la acción incriminada consiste en asociarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades con permanencia en el tiempo”*.

La indeterminación del bien jurídico que se hace extensivo a cualquier conducta punible, el desconocimiento de las circunstancias de realización de conductas delictivas, el acuerdo de voluntades de carácter permanente y aún el desconocimiento de los medios para su realización, son las características para la caracterización de este delito en la imputación y formulación de cargos de los grupos de autodefensas que se desmovilizaron y cuyos miembros fueron postulados a la LJP.

El tipo penal de *rebelión*, por el contrario, busca la instauración o reestructuración de un nuevo orden político en beneficio de la colectividad, por lo que supone una finalidad altruista. La rebelión supone que los combatientes se alcen en armas para derrocar o modificar el régimen actual, al que consideran injusto y como tal, no puede equipararse con la finalidad que persigue el concierto para delinquir.

En la legislación penal<sup>500</sup> que antecedió al actual Código Penal<sup>501</sup> y que se encuentra aún vigente para aquellas conductas delictivas cometidas durante su vigencia, se encontraba el artículo 127 que hacía referencia a la exclusión de la pena: “Los rebeldes o sediciosos no quedaran sujetos a la pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo”.

Esta norma, que estuvo vigente hasta que fue declarada inconstitucional<sup>502</sup> en 1997, no contemplaba nada distinto al delito político en el ámbito del DIH, pues, por una parte, exoneraba de pena a los rebeldes que cometieran hechos punibles en combate; y por otra, limitaba su actividad como combatientes a la prohibición de actos de ferocidad, barbarie o terrorismo.

Los argumentos planteados por la Corte Constitucional para declarar inconstitucional esta norma obedecieron a una demanda presentada por un general<sup>503</sup> de las fuerzas armadas con el argumento que con dicha norma se desconocen

---

<sup>500</sup>PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto Ley 100 de 1980, por el cual se expide el Código Penal.

<sup>501</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C. P. Col.), que entra en vigencia el 25 de julio de 2001.

<sup>502</sup>CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C- 456 de 1997.

<sup>503</sup>General Harold Bedoya.

*“los derechos de los soldados y policías que, en cumplimiento de su deber constitucional, son dados de baja por grupos subversivos, sin que los responsables de esos hechos reciban sanción alguna, por estar cobijados por el beneficio injusto, arbitrario e ilegal que consagra el precepto demandado”.*

El argumento base de la demanda de inconstitucionalidad carece de coherencia lógica, pues la derogatoria de la norma en su contenido de ser benigna en los casos del delito político y sus conexos, en nada afecta el cumplimiento del deber de las fuerzas militares; si dos partes se encuentran en combate, una de ellas el ejército, como fuerza militar legítimamente constituida, no significa que sus miembros dados de baja por un grupo rebelde deba constituirse en un delito, pues si en virtud el combate se producen bajas, estas hacen parte de la guerra y no del Derecho penal, tal como lo afirma el Fiscal General de la Nación en esta sentencia: *“No se vulnera el DIH, ni muchos menos el derecho a la vida, cuando en un conflicto armado los combatientes son dados de baja, consecuencia propia del conflicto, así lo ha reconocido el Protocolo II de Ginebra”.*

Los argumentos de la Corte Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la norma se resumen de la siguiente manera:

Afirma que el artículo 127 configura una *causal de impunidad*<sup>504</sup> y

*“equivale a una amnistía general, anticipada e intemporal. Es general, porque comprende a todos los rebeldes o sediciosos, sean ellos particulares o miembros de las Fuerzas Armadas de la república, y porque abarca todos los hechos punibles cometidos en combate, con sólo unas excepciones. Es anticipada, porque durante la vigencia de la norma los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan (con la limitación indicada) no estará sujeto a pena alguna. Y que ni siquiera será objeto de investigación, pues ésta se hará únicamente en relación con los delitos de rebelión o de sedición. Y es intemporal, porque no está sujeta a límite en el tiempo y comprende todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos antes de la vigencia de la norma y durante ella”.*

El primer yerro de la Corte radica en considerar que son sediciosos y rebeldes, además de los particulares, los miembros de las fuerzas armadas. Sea lo primero indicar que es dialécticamente imposible considerar a un miembro de la fuerza pública, en tal investidura, como subversivo o insurgente del propio régimen que protege por su propia naturaleza.

También se configura una contradicción en relación con una amnistía anticipada. El delito de rebelión condena a aquellos que mediante las armas, pretendan derrocar o modificar el

---

<sup>504</sup>CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia 456 de 23 de septiembre de 1997. Así lo denominó el profesor Luis Carlos Pérez.

régimen legal y constitucional vigente y la Corte minimiza como '*limitación indicada*', los actos de ferocidad, barbarie y terrorismo, que son realmente los actos que deben penalizarse, precisamente, en virtud del DIH; pues son estos actos o conductas los que se realizan fuera de combate y que deben ser objeto de sanción penal, tal como lo establece la norma objeto de análisis y la normatividad contenida en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos.

La pregunta que se hace la Corte es incorrecta al plantearse si puede afirmarse que esta es una verdadera amnistía general. Ese no es el centro del debate, porque no se está afirmando en la norma que los actos de ferocidad, barbarie y terrorismo queden impunes o sean objeto de amnistía; por el contrario, el artículo 127 los excluye de cualquier acto de combate.

El interrogante que ha debido hacer la Corte es ¿cuáles son los actos o delitos conexos al delito de rebelión y cuáles no? Pero este asunto no ha sido objeto de análisis, por una sencilla razón. Significaría aceptar que con el delito político existen unos actos hostiles que están inmersos en los delitos de rebelión y sedición y solamente pensar en enunciarlos genera un verdadero problema, pues es aceptar que el delito político no es tipo penal autónomo, y como tal, al proferirse una sentencia condenatoria, debe involucrar todas las conductas conexas con el fin perseguido, lo que genera un problema más de punibilidad que del análisis de las conductas que hacen parte del combate.

Puede presentarse varias formas de responder este interrogante:

La primera, hacer lo que hizo la Corte y considerar que el delito político que admite conductas delictivas en combate es un tributo a la impunidad y acabar con el delito político asumiéndolo como tipo penal autónomo sin conexidad, a pesar de que la norma reprochaba penalmente los 'actos feroces, de barbarie y terrorismo'.

El segundo planteamiento, definido tangencialmente en el artículo 127, permite inferir que los hechos delictivos cometidos en combate, están exentos de sanción penal, pero que los conexos corresponden a los 'actos feroces, de barbarie y terrorismo'.

La tercera forma para responder este interrogante es establecer de manera concreta todas y cada una de las conductas conexas al delito político y detallar las conductas delictivas que hacen parte o no de los combates y establecer, de acuerdo con esta categorización, las sanciones penales conexas al delito político.

De acuerdo con lo anterior, se evidencia que la problemática del delito político no radica en si cumple fines nobles y altruistas, o si los actos que se dan en combate son o no delictivos;

tampoco radica en establecer los delitos conexos o identificar cuáles son de manera concreta, o si este delito hace o no parte del DIH. El problema radica en que, independientemente de todas estas circunstancias, se imponga una pena ‘ejemplar y suficiente’, sea cual sea la denominación que se le dé.

Este objetivo se cumplió en el fallo de la Corte Constitucional<sup>505</sup>, precisamente cuando determina que a pesar de que “sigue vigente”<sup>506</sup> el delito político, lo dejó hueco, en el solo cascarón; como tipo penal autónomo, sancionando penalmente como delitos comunes todos los actos de combate y no combate bajo el mismo racero.

Afirma la Corte Constitucional que

*“En realidad, el artículo 127 del Código Penal, persigue un único propósito: eliminar el reproche penal a los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos. Así lo confirma el epígrafe del citado artículo que utiliza la expresión ‘exclusión de la pena’”.*

Frente a esta afirmación, lo que se presenta es todo lo contrario: los actos de combate, a la luz de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos, no se penalizan como tales. Por el contrario, hacen parte de la guerra y están permitidos por el DIH, indistintamente de las partes que se encuentran en combate. Esto se aplica no solo para los rebeldes, sino para cualquiera de las partes en el conflicto armado. En el contexto colombiano, los actos propios de la guerra que no deberían ser judicializados se están penalizando, no solo al amparo de la LJP, sino de la Jurisdicción ordinaria.

La norma del artículo 127 refiere que los actos del combate para los insurgentes no se deben penalizar, precisamente por ser actos de la guerra. Las normas del DIH permiten estos actos de guerra, siempre y cuando no se desborden sus límites. Esto aplica para todas las partes en el conflicto y no solo para la insurgencia.

---

<sup>505</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-456 de 1997. “A la paz no se tiene que llegar por medio de la consagración de la impunidad permanente de las peores conductas criminales.”

<sup>506</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-456 de 1997. “Sea lo primero afirmar que al declararse la inexequibilidad de los mencionados artículos 127 y 184, el delito político no desaparece del ordenamiento jurídico nacional, por una sencilla razón: subsisten todas las normas de la Constitución que le dan, en forma excepcional, un tratamiento favorable a sus autores. Y queda en pie, especialmente, la posibilidad de que el Congreso, en la forma prevista en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, por graves motivos de conveniencia pública, conceda la amnistía y el indulto generales por esos delitos políticos. Al Congreso corresponderá, en esa Ley extraordinaria, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos y que, por lo mismo, pueden quedar cobijados por la amnistía y el indulto. Y cuáles, por su ferocidad, barbarie, por ser delitos de lesa humanidad, no pueden serlo”.

Las fuerzas militares en combate están actuando conforme su función legal y constitucional; los insurgentes están actuando para modificar, suspender o derrocar el régimen constitucional vigente porque consideran que es injusto y los grupos de autodefensa realizan combates contra la insurgencia apoyando al Estado Colombiano por fuera de la legalidad. Significa esto que todos los actos de combate como tal, no pueden ser penalizados, ya que hacen parte de la guerra que vive este país.

Lo que no se ha analizado ni investigado en concreto son los actos que desbordan los límites propios de la guerra y que han causado estragos contra las personas y bienes protegidos por el DIH, amén de la utilización de armas y métodos no convencionales. Es aquí donde radica el problema mayúsculo. Todos los actores del conflicto armado en Colombia han desbordado ampliamente los límites propios que el DIH establece.

Las fuerzas militares del Estado han sido condenadas en múltiples ocasiones por la CoIDH, precisamente por desbordar sus funciones constitucionales y legales y violar DH de muchos colombianos que se siguen investigando aún, como por ejemplo los denominados falsos positivos; los grupos insurgentes han desbordado los límites de DIH, por ejemplo, utilizando armas no convencionales; los grupos de autodefensas se ensañaron con la población civil, cometieron masacres y utilizaron métodos inhumanos y tratos crueles contra la población civil y los no combatientes. Estos son las conductas punibles sobre las que se debe enfocar el Derecho penal y delimitar claramente los crímenes que deben ser objeto de sanción penal.

Pero si esto es así, surge un problema y es el referido a la condición de rebelde y el paramilitar en el conflicto armado. En relación con la fuerza pública, es clara su situación tanto a nivel del derecho interno como a la luz del DIH. Internamente porque los actos de combate le están permitidos en cumplimiento de un deber legal y en consecuencia es eximido de cualquier tipo de responsabilidad, precisamente, por defender la soberanía y las instituciones; y a nivel del DIH si bien es una parte en el conflicto, podemos afirmar que como combatiente en representación del Estado, si le aplican las normas del DIH y los actos que realice en virtud del combate se consideran legítimos.

Por el contrario, en relación con los grupos insurgentes, tenemos que a nivel de la legislación interna se le considera un delincuente político, actualmente nominal, pues desapareció la conexidad del delito político, como quedó explicado, y su situación actual en la Jurisdicción penal interna es que responde penalmente por cada una de las conductas cometidas en los combates como en los no combates. Para el rebelde, no solamente no se da aplicación DIH,

sino que todos los actos de hostilidad y combate propios de la guerra son penalizados como crímenes de lesa humanidad y contra el DIH, tanto por la justicia ordinaria como en la JTr.

Para los grupos de autodefensa o paramilitares, lo primero que hay que establecer es si hacen parte del conflicto armado como grupo autónomo, o si junto con las fuerzas militares constituyen una sola parte. Hacer esta diferenciación es fundamental para comprender el fenómeno del conflicto armado interno.

Si las AUC son grupos que apoyan a las Fuerzas Militares y al Estado en la guerra contra la insurgencia, no constituirían entonces una parte en el conflicto, sino que fortalecen, al margen de la ley, a las Fuerzas Militares; y en este escenario, no se considerarían combatientes, por lo que su actividad criminal estaría incurso en el Derecho penal; mientras que si se les reconoce como un grupo autónomo de las Fuerzas Militares, se les tendría que reconocer como combatientes y en caso tal aplicarían para ellos los actos de guerra permitidos por el DIH. De todas maneras y al igual que a los grupos insurgentes son juzgados por la justicia ordinaria y la JTr, bajo el mismo racero.

Si esto es así, las Fuerzas Militares no están legitimadas para realizar actos propios de la guerra, porque su enemigo natural, que es la insurgencia, no está reconociéndole los actos propios de la guerra y en ese orden de ideas, hipotéticamente no habría guerra, por lo que los actos de las fuerzas militares serían ilegítimos y deberían ser castigados por la Justicia ordinaria. Es decir, que si solamente hay una parte en guerra, y no tiene enemigo, esos actos se constituirían en crímenes de las fuerzas militares. La única forma de que estos actos de guerra se constituyan en legítimos es que se reconozca la existencia del enemigo, porque si no hay enemigo, no hay actos de guerra legítimos.

Consideramos que en Colombia las Fuerzas Militares del Estado han participado en la guerra desde hace décadas, más precisamente desde 1964, con el nacimiento de los grupos insurgentes y en ese escenario han sido legitimadas todas sus actuaciones de guerra, justificados por el DIH y por la Jurisdicción penal interna en cumplimiento de un deber legal. También, han desbordado ostensiblemente este ámbito de legitimidad y han cometido crímenes atroces, por los cuales deben ser juzgados y condenados, sea en el ámbito de la Jurisdicción penal interna o internacional, dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometieron estos crímenes y de la competencia.

Aunque el Estado colombiano no los ha reconocido como actores en el conflicto armado durante algunos periodos, son una parte de él, y como tales, los actos de guerra deben estar

exentos del Derecho penal, atendiendo al modo en cómo están establecidos en el DIH y adicionalmente, por su categoría de delitos políticos, son conexos aquellos delitos propios para hacer la guerra, tales como porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares, utilización de uniformes e insignias, reclutamiento de miembros integrantes de sus filas, medios de financiación que no atenten contra la población civil o contra los bienes protegidos contra el DIH, como por ejemplo el tráfico de estupefacientes, siempre y cuando sea un medio para la guerra y en este orden de ideas, deben ser juzgados como delincuentes políticos.

En este sentido, las Fuerzas militares han desbordado los límites de la guerra permitidos por el DIH y deben responder como delincuentes políticos por estas conductas criminales en el ámbito de la JTr, como una forma de lograr la paz mediante la reconciliación nacional, la verdad, la garantía de no repetición y el resarcimiento a las víctimas.

Del estudio realizado considero que la aplicación de la JTr solamente debe cobijar a los grupos insurgentes que quieren la paz y deben responder penalmente, no por los actos propios de la guerra y del combate, sino por el desbordamiento de los límites permitidos por el DIH, en el ámbito de la JTr y con el fin de lograr la paz.

Es así como se incorpora este tipo penal, meramente enunciativo, como delito base en la LJP, excluyéndose cualquier delito conexo y considerándose todo acto de combate como delito común o peor aún, todos los actos hostiles del combate como *crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes contra el DIH cometidos por ‘grupos terroristas’*.

Por otra parte, si las Fuerzas Militares dan de baja a integrantes del grupo rebelde, estos no son responsables penalmente, en virtud del deber legal y constitucional que les permite realizar estas conductas en defensa del orden jurídico y de las instituciones legítimamente constituidas; contrario sensu, los rebeldes en combate son penalizados nominalmente por el delito de rebelión, por delitos comunes y por crímenes atroces, indistintamente si son o no en combate.

En este escenario, es importante aclarar que, en el marco de la LJP, la categoría de *combatiente* se ha denigrado a la de *criminal de guerra*; la actividad del grupo subversivo se ha circunscrito a *actos terroristas*; los hechos punibles cometidos en combate, se han catalogado como *crímenes de lesa humanidad y crímenes contra el DIH*, sin que se haga distinción de los actos realizados en combate, frente a los que realmente configuran *actos de ferocidad, barbarie o terrorismo*.

Se vislumbra con claridad que son las ‘razones de Estado’ en contra del *derecho a la resistencia*, las que prevalecieron con la derogatoria de la norma demandada, dejando sin piso



alguno el delito político y dejando sin verdadero instrumento jurídico que permita la consolidación del proceso de paz.

No obstante, al realizar un análisis comparativo entre el delito político y el concierto para delinquir, la Corte Suprema de justicia considera que *“los tipos penales ‘se repelen entre sí. Son excluyentes’, de manera que el legislador está impedido [...] para darles idéntico tratamiento”*<sup>507</sup>:

Tabla 3

	DELITO POLÍTICO	CONCIERTO PARA DELINQUIR
<b>BIEN JURÍDICO</b>	El Régimen constitucional y legal...	La seguridad pública. Se afecta la tranquilidad pública y la confianza colectiva
<b>ACCIÓN TÍPICA</b>	Busca derrocar o suprimir el régimen porque lo considera injusto. Tiene una finalidad altruista.	Acuerdo para cometer delitos de forma indiscriminada sin que sea necesaria la producción de un resultado. Su fin es egoísta y personal.
<b>DOLO</b>	Se dirige a socavar la institucionalidad y proponer un nuevo orden	El conocimiento y la voluntad entrañan solapamiento con la institucionalidad.
<b>SUJETO PASIVO</b>	El Estado	La sociedad, el colectivo ciudadano.
<b>CULPABILIDAD</b>	Se constata al establecer que conocía la obligación de acatar y respetar las instituciones estatales.	Surge de la necesidad de satisfacer sus intereses particulares por medio de una organización creada para la comisión de delitos de forma indeterminada y del conocimiento que su empresa representa un amplio peligro para la sociedad
<b>PUNIBILIDAD</b>	En caso de los delincuentes políticos se permiten tratos permisivos y otorgamiento de gracias perdones	No permite tratos permisivos a los condenados y mucho menos el otorgamiento de gracias o perdones.

Según lo planteado por la Corte en relación con las diferencias que se suscitan entre el delito político y el concierto para delinquir, no es plausible que quienes sean juzgados y condenados por este último accedan a ningún tipo de beneficio, perdón o gracia, por la modalidad misma

<sup>507</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. 21343. Autos de 23 de octubre de 1990 y de 10 de septiembre de 2003.

del tipo penal, los intereses egoístas y personales y la finalidad que persiguen; ya que si esto se aceptara y se le diera la categoría y los beneficios del delito político, se podría hacer lo mismo con los demás tipos penales consagrados en el Código Penal, pues todos ellos buscan intereses particulares: vulneran bienes jurídicos que afectan a la sociedad en general y a los ciudadanos en particular.

La Corte afirma que *“a partir del principio de proporcionalidad se establece que la relación entre tipicidad y culpabilidad no permite tener como culpable de sedición a quien realiza una conducta típica de concierto para delinquir y viceversa”*<sup>508</sup>. Desde el punto de vista dogmático, las diferencias son sustanciales e impiden el mismo tratamiento procesal y judicial.

Judicializar a los miembros de la subversión en iguales circunstancias que a los miembros de los grupos de autodefensa, produce una ruptura también con los principios contenidos en la carta política en relación con el delito político, pues en ese orden de ideas, se pierde el derecho de asilo a que tienen derecho este tipo de personas, debido a que son considerados delincuentes comunes y pierden la calidad de combatientes. Prácticamente se produce la extinción del delito político.

*“9. Es bien sabido que toda Ley debe también guardar afinidad sustancial con el acervo de valores, principios, derechos y deberes que consagra la Carta Política, la cual junto con el Código Penal, la Jurisprudencia y la Doctrina nacionales y comparadas, diferencian al delincuente político del común”*<sup>509</sup>, de donde se desprende que al darles la Ley 975 de 2005 tratamiento punitivo similar, ataca valores superiores como la justicia, el orden justo, la seguridad ciudadana y jurídica, los fines de la pena, la resocialización del delincuente y la igualdad (por equipar a los que natural y jurídicamente son completamente distintos)”<sup>510</sup>.

Si como lo afirma la Corte Suprema, los autores del delito de concierto para delinquir son delincuentes comunes, los miembros de los grupos de autodefensas no podrían ostentar la calidad de rebeldes, y como tales, no podrían tener privilegios judiciales o ser merecedores de amnistías o indultos; por el contrario, los rebeldes incursos en el delito político pueden gozar de dichas prebendas.

---

<sup>508</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Rad. 26945 del 11 de julio de 2007.

<sup>509</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto colisión de competencia. Rad. 21639 de 26 de noviembre de 2003.

<sup>510</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Rad. 26945 del 11 de julio de 2007.

Con las aclaraciones que anteceden, la modalidad para iniciar la imputación en el proceso de Justicia y Paz, es la de determinar el delito base de la imputación: el delito de concierto para delinquir para los grupos de autodefensa y el delito de rebelión para los grupos subversivos.

## 2.7. El enemigo en la JTR

Cuando se habla de enemigo, no podemos dejar de pensar en un estado de guerra, pues es en ese escenario en el cual se ha considerado al bando contrario como enemigo y frente al cual hay que tomar medidas de carácter bélico para contrarrestar un ataque o agresión.

A lo largo de la historia se ha podido constatar cómo el Derecho penal ha estado distante del ámbito de la guerra y de las reglas que la regulan. KANT<sup>511</sup> considera que en la guerra debe haber cierta confianza en la conciencia del enemigo porque las hostilidades podrían degenerar en guerra de exterminio –*bellum internecinum*–. Afirma que la guerra es un medio, por desgracia, necesario en el estado de naturaleza, en el cual no hay un tribunal que pueda pronunciar un fallo con fuerza de derecho, pues ninguna de las dos partes puede ser declarada enemigo ilegítimo, lo cual supondría una sentencia judicial y entre las partes no se concibe una guerra penal –*bellum punitivum*– porque no existe entre ellos la relación de superior e inferior.

HOBBS<sup>512</sup> corrobora lo dicho por KANT y afirma que el daño infligido a quien se considera enemigo no queda comprendido bajo la denominación de pena, ya que no está sujeto a la ley, y por tanto, no pudo violarla; o que habiendo estado sujeto a ella, y declarando que ya no quiere estarlo, niega que pueda transgredirla y los daños que puedan inferírsele deben ser considerados como actos de hostilidad, pues los castigos establecidos en la ley son para los súbditos y no para los enemigos, que son los que niegan el poder de soberano a quienes se les extiende legítimamente la venganza, pues su ofensa constituye una recaída en la condición de guerra llamada *rebelión* (p. 260).

También se ha podido constatar que son los vencedores de las guerras los que finalmente convierten al enemigo en delincuente. Después de la II Guerra Mundial en los Juicios de Núremberg, se penalizó a algunos de los nazis que participaron en la política de exterminio del pueblo judío y que fueron los enemigos de los países aliados en la guerra. Igualmente, fueron penalizados los enemigos que perdieron la guerra en Japón, perdiendo la calidad de enemigos

---

<sup>511</sup> KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la Razón Práctica*. La Paz Perpetua, Ed. Porrúa, México D. F. 1986, 6ta ed. 2010, p. 219.

<sup>512</sup> HOBBS, T. *Leviatán*., Ed. Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2005, p. 256.

para convertirse en delincuentes por crímenes cometidos en virtud de la guerra y por lo cual se crearon esos tribunales por parte de los países vencedores.

Sin embargo, no se encuentra registro alguno de tribunales que hubiesen juzgado y condenado a los autores de la matanza de los pueblos de Hiroshima y Nagasaki con el lanzamiento de la bomba atómica, lo que confirma, una vez más, que los vencedores de la guerra no son sometidos al Derecho penal. Por el contrario, el vencedor de la guerra define quién es enemigo y qué enemigo se convierte en delincuente para ser juzgado y condenado, según lo que KANT denominó el *bellum punitivum*. Se aplica lo afirmado por JAKOBS (p. 41), “quien gana la guerra determina lo que es norma y, quien pierde ha de someterse a esa determinación”.

Es precisamente esta diferencia entre el ciudadano y el enemigo a la que se refieren estos autores, al afirmar que el enemigo no puede ser considerado como un delincuente; menos aun cuando ha sido derrotado o cuando se ha rendido debe dársele un trato distinto, pues no ha incurrido en una conducta delictiva, sino que ha desarrollado actos propios de la guerra.

ROUSSEAU<sup>513</sup> presentó una primera forma de Derecho penal del enemigo cuando afirmó que: *“Todo malhechor, al atacar el derecho social, hacese por sus delitos rebelde y traidor a la patria; deja de ser miembro de ellas al violar las Leyes y hasta le hace la guerra. Entonces la conservación del Estado es incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo”*.

BECCARIA<sup>514</sup>, refiriéndose al enemigo, escribió “No es pues la pena de muerte derecho, ya que tengo demostrado que no puede serlo, es solo una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser”. Según BECCARIA, la muerte de un ciudadano solo puede creerse necesaria cuando “aún privado de su libertad tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida”.

En la actualidad, a partir de la concepción de Derecho penal de enemigo, JAKOBS<sup>515</sup> considera que hay dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico penal. Hay unas tendencias a tratar al autor de un delito como persona, y otras dirigidas a tratarlo como fuente

---

<sup>513</sup>ROUSSEAU, J. *El contrato social*, Ed. Panaerica, Bogotá, 1994, p. 54.

<sup>514</sup>BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 62.

<sup>515</sup>JAKOBS, G. / CANCIO, M. *Derecho penal del Enemigo*. Ed. Civitas, Buenos aires, 2006, 2ª ed.

de peligro o como medio para intimidar a otros e indica que un Derecho penal del enemigo implica un comportamiento con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva.

ZAFFARONI<sup>516</sup> ilustra esta diferencia cuando se refiere a la esencia del trato diferencial, en cuanto que al enemigo, el derecho le niega su condición de persona y es considerado solo como ente peligroso o dañino; este se diferencia de los ciudadanos en hacer referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón a que no son consideradas como personas. La privación del derecho radica en que constituye un *ente peligroso*.

Parece ser que JAKOBS da una interpretación diferente a los conceptos iniciales –KANT y HOBBS– a los que hemos hecho referencia, al no distinguir entre enemigo y ciudadano, cuando junto con otros autores como ROUSSEAU, BECARIA y aún FICHTE, consideran que el delincuente es el infractor de la ley pero que difiere del enemigo, que es aquel que no acepta el sistema del contrato social y desobedece la autoridad y no la reconoce, entrando en un estado de rebelión.

El Derecho penal del enemigo, propiamente dicho, no ha existido. El enemigo siempre ha estado excluido del Derecho penal y ha sido exterminado. No es una situación nueva. Lo que al parecer plantea el autor es incorporar el enemigo al Derecho penal a partir del potencial peligro y la coacción efectiva contra el individuo, y no contra la pena del derecho, sobre un supuesto fáctico y jurídico de peligrosidad, insostenible a la luz del derecho, y sobre la categorización de ‘no-persona’, con el fin de justificar la ausencia de derechos y garantías que sí tendrían las personas reconocidas como tales y ampliar la cobertura del concepto de ‘enemigo’ para excluir a todos los enemigos que surjan de la guerra y a aquellos que no surjan de la guerra sino de la actividad ilícita, pero considerados no-personas, no-ciudadanos.

Esto significa que no se podría afirmar con certeza quién es o no enemigo y quién es o no ciudadano y abre una puerta gigante para que, a la mayoría, se le dé el tratamiento de enemigos dentro del proceso penal de acuerdo con la gravedad de la conducta, de acuerdo con las condiciones del individuo, según el grado de peligrosidad, o incluso el factor de reincidencia que se torna inmanejable<sup>517</sup>.

---

<sup>516</sup>ZAFFARONI, E. *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 2006, p. 28.

<sup>5</sup> MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*, Ed. IBDeF, Buenos aires, 1984, 7ª ed. 2004, p. 95. En su famoso Programa de Marburgo, Von Liszt consideró que la pena solo podía justificarse por su finalidad preventiva y planteo que “a) Frente al delincuente ocasional necesitado de correctivo, la pena constituye un “recordatorio” que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al delincuente no ocasional pero corregible, deben perseguirse la

SCHMITT<sup>518</sup> es uno de los principales autores que considera que el enemigo es

*“el otro, el extranjero y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido particularmente intensivo, algo otro o extranjero, de modo que en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero descomprometido y por eso imparcial”.*

En su teoría del Derecho penal de enemigo, JAKOBS se aproxima al tratamiento del enemigo propuesto por SCHMITT, en tanto afirma que el Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos, y el Derecho penal del enemigo es de aquellos que forman contra el enemigo y frente al enemigo, es solo coacción física hasta llegar a la guerra (p. 34).

Para JAKOBS, el enemigo se encuentra fuera y dentro del ámbito del Derecho penal. En el primer sentido, el Derecho penal no incorpora a los enemigos y no se podría hablar de Derecho penal, sino de derecho del enemigo y si el enemigo se excluye porque no tiene derechos, prácticamente se continuaría el estado natural del enemigo como parte de la guerra, pero no como sujeto de derechos por ser excluido como ciudadano; entonces tampoco se le aplicaría ni el castigo ni la coacción, con lo que se genera una contradicción en la teoría de JAKOBS en el entendido que el no ciudadano, por no ser titular de derechos y al ser excluido, ni siquiera podría ser sujeto de un *Derecho penal del enemigo*, es sobre estos supuestos –la ausencia de derechos– que se ha legitimado el tratamiento de los presos en las cárceles de Abu Ghraib y Guantánamo, entre otras.

En un segundo sentido, además de la exclusión del enemigo del Estado de derecho, también plantea JAKOBS la concepción del enemigo intrínsecamente en el Derecho penal, en cuanto afirma que la coacción puede quedar limitada, toda vez que el Estado no necesariamente ha de excluir al enemigo de todos los derechos, sino en ciertas conductas criminosas<sup>519</sup> que lo han apartado de *modo decidido del derecho*, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima

---

corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al delincuente habitual incorregible la pena ha de conseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede ser perpetuo.

<sup>518</sup> SCHMITT, C. *El Concepto de lo Político*, Ed. Folios, México D. F., 1985, p. 23.

<sup>519</sup> JAKOBS, G. / CANCIO, M. *Derecho penal del Enemigo*. Ed. Civitas, Buenos aires, 2006, 2ª ed., pp. 39 y 40. “En el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo organizado, en el caso de “delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, así como en general respecto de los ‘crímenes’ pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo en el caso de los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir)”.

que es necesaria para el tratamiento como persona (p. 40). La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad no busca la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino la eliminación de un peligro, por lo cual la punibilidad se adelanta hacia el ámbito de la preparación y la pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros y no a la sanción de hechos cometidos.

JAKOBS desnaturaliza su propia teoría al plantear este segundo aspecto del enemigo en el núcleo mismo del Derecho penal porque, si como afirma, “*el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma y el Derecho penal del enemigo combate peligros*”, finalmente, los unos y los otros pierden la calidad de ciudadanos y no se podría compensar el daño a la vigencia de la norma, y concluye afirmando que “*quien incluye al enemigo en el concepto de delincuente ciudadano, no debe asombrarse si se mezclan los conceptos ‘guerra’ y ‘proceso penal’*” (p. 42).

Puede afirmarse, sin lugar a equívocos, que la política criminal del Derecho penal del enemigo que ha invadido como un cáncer nuestra legislación, incluyendo el ámbito normativo y factico de la LJP, en la forma como ha sido concebido por JAKOBS, solamente tiene aplicación en un Estado de no-derecho y la resonancia de la ausencia de derechos, de la posibilidad de condenar mediante el Derecho penal a quien represente un peligro y la violación de todos los derechos y garantías alcanzados a lo largo de la historia, están próximos a desaparecer.

La sola denominación del Derecho penal del enemigo plantea en sí misma una contradicción de exclusión dentro de la teoría que JAKOBS plantea. El hecho de atribuirle la categoría de derecho, inhibe la posibilidad de considerar a los individuos como ciudadanos y enemigos, porque si hay un Derecho penal para un enemigo, necesariamente el contenido de ese derecho ya lo reconoce como ciudadano titular de los mismos; inclusive, como titular del Derecho penal.

FERRAJOLI<sup>520</sup> considera que esta denominación genera una contradicción en los términos, que representa, de hecho, la negación del Derecho penal, la disolución de su papel y de su íntima esencia, dado que *la figura del enemigo pertenece a la lógica de la guerra, que es la negación del Derecho penal, del mismo modo que éste es la negación de la guerra.*

El acta de nacimiento del Derecho penal del enemigo está en la legitimación política de estas prácticas punitivas, como sembrar terror y humillar al enemigo al margen del derecho

---

<sup>520</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas. México, 2007. p. 7.

como no persona, que no merece la aplicación de garantías, aún ni las previstas como prisioneros por el DIH (FERRAJOLI, p. 10).

Con base en los hechos del 11 de septiembre de 2011, JAKOBS afirma que en el caso del autor que está imbricando en una organización, la necesidad de la reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a la norma, pasa a un segundo plano y finaliza en terrorista, esto es, aquel que rechaza por principio la legitimidad del ordenamiento jurídico y por ello persigue la destrucción de ese orden (p. 42).

*“El Derecho penal del enemigo no es otra cosa que el viejo esquema del ‘enemigo del pueblo’ de estaliniana memoria y, por otra parte el modelo penal nazi del ‘tipo normativo de autor’”(FERRAJOLI, p. 8), que se fundamenta en el despotismo penal que hace del delincuente y del terrorista un enemigo a suprimir y no a juzgar y el resultado de esta perversión es lo que FERRAJOLI denomina el modelo de terrorismo penal como “La manifestación más vergonzosa de este Derecho penal criminal, como verdadero crimen contra la humanidad es la tortura” (p. 8), que ha sido codificada en el manual de la tortura<sup>521</sup>.*

En relación con Colombia, JAKOBS ha sostenido que en una situación tan desgarradora como la que vive el país, obligatoriamente aparece una situación de Derecho penal del enemigo<sup>522</sup> y al parecer, el autor tiene razón, ya que efectivamente, desde la expedición de la misma Constitución Política de Colombia en el año 1991, con el fin de legitimar los decretos que fueron proferidos en virtud de la declaratoria del estado de sitio<sup>523</sup> de la constitución anterior,

---

<sup>521</sup> 3. Con el título Manuale della tortura, se ha publicado el documento de la cia que imparte directivas sobre el trato —verdaderas y propias torturas— a que debe someterse a los prisioneros sospechosos de actividades contrarias a la “seguridad” de los Estados Unidos (Manuale della tortura. Il testo finora top-secret uscito dagli archivi usa (1963-1997), Datanews, Roma, 1999)

<sup>522</sup> MARTINEZ SANCHEZ. *La Necesidad de Pena en el Derecho penal Alemán*. Consagración y aplicación en Colombia. Criticas a la teoría de la imputación objetiva: entrevista al profesor JAKOBS. Bogotá, 2002, p. 28.

<sup>523</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1886, ya derogada. Artículo 121. “En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las Leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias”. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>.



se consideró por parte del congresito que la *justicia sin rostro*<sup>524</sup> se compadecía con los nuevos fundamentos epistemológicos del Estado social y democrático que nacían con la constitución de 1991. La justicia sin rostro, que germinó con la expedición de estos decretos, no es otra cosa que la materialización del Derecho penal del enemigo, que culminó en 1999 con la conformación de los jueces especializados, que conocen de los delitos de *mayor gravedad y peligrosidad*<sup>525</sup>, y se mantiene vigente.

---

<sup>524</sup> UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Facultad de Derecho. *Justicia sin rostro. Estudio sobre la justicia regional*. Director de investigación Gabriel Ricardo NEMOGÁ, pp. 38 y ss. Con el “estatuto para la defensa de la democracia”, se sentaron las bases para la Jurisdicción excepcional de orden público, hoy justicia regional. La Corte Suprema de Justicia declaró que “la Jurisdicción especial integrada por el Tribunal de Orden público y los jueces especializados, obedece a la estrategia del Estado de efectivizar la lucha contra el terrorismo y otros delitos que generan profunda conmoción social”.

<sup>525</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004 art 35. Artículo 35. De los jueces penales de circuito especializados. Los jueces penales de circuito especializado conocen de:

1. Genocidio.
2. Homicidio agravado según los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 del Código Penal.
3. Lesiones personales agravadas según los numerales 8, 9 y 10 del artículo 104 del Código Penal.
4. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH.
5. Secuestro extorsivo o agravado según los numerales 6, 7, 11 y 16 del artículo 170 del Código Penal.
6. Desaparición forzada.
7. Apoderamiento de aeronaves, naves o medio de transporte colectivo.
8. Tortura.
9. Desplazamiento forzado.
10. Constreñimiento ilegal agravado según el numeral 1 del artículo 183 del Código Penal.
11. Constreñimiento para delinquir agravado según el numeral 1 del artículo 185 del Código Penal.
12. Hurto de hidrocarburos o sus derivados cuando se sustraigan de un oleoducto, gasoducto, naftaducto o poliducto, o que se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo.
13. Extorsión en cuantía superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
14. Lavado de activos cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.
15. Testaferrato cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.
16. Enriquecimiento ilícito de particulares cuando el incremento patrimonial no justificado se derive en una u otra forma de las actividades delictivas a que se refiere el presente artículo, cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales.
17. Concierto para delinquir agravado según el inciso 2° del artículo 340 del Código Penal.
18. Entrenamiento para actividades ilícitas.
19. Terrorismo.

En Colombia, afirma APONTE (2005)<sup>526</sup>, existen múltiples normas que desde el Derecho penal acarrear el peligro de convertir la sanción penal en *sanción desinstitucionalizada* y la amenaza de desborde penal en ellas es evidente, convirtiéndose el mismo Derecho penal en una gran amenaza.

Una década después, se puede constatar las múltiples reformas, tanto al ordenamiento sustancial penal como al procesal penal, todas ellas, restrictivas de derechos, incrementadoras de penas, leyes de seguridad ciudadana, ampliadoras de restricción de la libertad y medidas de maximización de la detención, por configurarse el individuo “un peligro para la sociedad”<sup>527</sup>. Se consolida la política de *criminalizar el estado previo*.

---

20. Modificado por el art. 24, Ley 1121 de 2006. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas.

21. Instigación a delinquir con fines terroristas para los casos previstos en el inciso 2º del artículo 348 del Código Penal.

22. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas.

23. De los delitos señalados en el artículo 366 del Código Penal.

24. Empleo, producción y almacenamiento de minas antipersonales.

25. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales.

26. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico con fines terroristas.

27. Conservación o financiación de plantaciones ilícitas cuando la cantidad de plantas exceda de 8.000 unidades o la de semillas sobrepasen los 10.000 gramos.

28. Delitos señalados en el artículo 376 del Código Penal, agravados según el numeral 3 del artículo 384 del mismo código.

29. Destinación ilícita de muebles o inmuebles cuando la cantidad de droga elaborada, almacenada o transportada, vendida o usada, sea igual a las cantidades a que se refiere el literal anterior.

30. Delitos señalados en el artículo 382 del Código Penal cuando su cantidad supere los cien (100) kilos o los cien (100) litros en caso de ser líquidos.

31. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.

32. Adicionado por el art. 22, Ley 985 de 2005

<sup>526</sup> APONTE, A. *¿Derecho penal del Enemigo o Derecho penal del Ciudadano?*, 2005. Bogotá: Temis, p. 51.

<sup>527</sup> **Ley 890 de 2004** mediante la cual se incrementan todas las penas del Código Penal en la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo. **Ley 1095 de 2006** además de incrementar las penas para los menores infractores, establece que en los delitos en los que sean víctimas menores de edad y en virtud de la prevalencia de sus derechos, se abstendrá de conceder la libertad condicional, el principio de oportunidad, los preacuerdos, las rebajas, no procederá la detención domiciliaria, ni tampoco la suspensión condicional de la ejecución de la pena y en general ningún mecanismo que no sea la imposición de la pena retributiva. **Ley 1121 de 2006** que incrementa las penas para quienes financien y administren recursos relacionados con actividades terroristas de grupos al margen de la ley o grupos terroristas. Este artículo fue modificado por la **Ley 1453 de 2011** incorporando también a los grupos de delincuencia organizada. **Ley 1142 de 2007** por la cual se reforma el Código Penal y el Código de

La Justicia ordinaria ha condenado a miembros de la subversión que han sido capturados durante más de cinco décadas de conflicto armado, a lo largo de los cuales se les ha impuesto las penas previstas en el Código Penal, la mayor de ellas, a 60 años de prisión; la LJP, por su parte, involucra a un proceso penal a los miembros de la subversión como uno de los actores del conflicto armado para que sean ‘beneficiarios’ de la pena alternativa, lo cual presenta una contradicción intrínseca en el sentido que el enemigo natural del Estado colombiano se desmoviliza deja las armas y es condenado cambiando su estatus de enemigo con el de delincuente. En la LJP, ese enemigo-delincuente es juzgado y condenado por crímenes de lesa humanidad y crímenes contra el DIH.

La distinción de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, entendiendo por tales a los grupos de guerrilla o autodefensas, plantea un problema de fondo,

---

Procedimiento Penal y se adoptan medidas para la prevención, y represión de la actividad delictiva, de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. **Ley 1154 de 2007**, por la cual se incrementa el tiempo de prescripción a 20 años en delitos contra la integridad sexual de menores cuyo termino de prescripción inicia cuando el menor cumpla la mayoría de edad. **Ley 1200 de 2008** en la cual se amplía las circunstancias del secuestro extorsivo cuando se realice en medio de transporte. **Ley 1220 de 2008** que incrementa las penas en los delitos contra la salud publica. **Ley 1236 de 2008**, incrementa las penas para delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. **Ley 1257 de 2008** que pretende sensibilizar, prevenir y sancionar formas de violencia contra las mujeres. **La Ley 1273** que incorpora nuevos tipos penales para la protección e información de datos. **Ley 1309 de 2009**, se crean nuevas conductas que atenten contra los bienes jurídicamente protegidos de los miembros de una organización sindical. **Ley 1311 de 2009**, se crea el tipo penal de uso, construcción, comercialización, tenencia y transporte de semisumergibles o sumergibles. **Ley 1326 de 2009** que agrava la pena para delito culposos e incorpora nuevas circunstancias de agravación. **Ley 1356 de 2009** en la que se incorpora la circunstancia de mayor punibilidad cuando los delitos se cometan en instalaciones deportivas. **Ley 1357 de 2009** se incrementa la pena para captación masiva y habitual de dinero y se crean nuevos tipos penales. **Ley 1393 de 2010**, incrementa la pena para el tipo penal de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. **Ley 1426 de 2010**, incrementa las penas para las conductas punibles que atenten contra los defensores de DH y periodistas. **Ley 1445 de 2011** que incrementa las conductas de empleo y lanzamiento de sustancias y objetos peligrosos. **Ley 1453 de 2011** se reforma el Código Penal, de procedimiento y la normatividad de infancia y adolescencia para implementar medias penales para garantizar la seguridad ciudadana. **Ley 1474 de 2011**, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Se incrementan los tipos penales y se crean nuevas circunstancias de agravación punitiva, y se restringe aún más, las libertades y garantías. **Ley 1482 de 2011**, se incorporan nuevos tipos penales contra la discriminación. **Ley 1542 de 2012**, se incrementa la pena para el tipo de violencia intrafamiliar y se elimina la posibilidad del desistimiento en este tipo y en el de inasistencia alimentaria. **Ley 1639 de 2013**, se incrementan las penas como medida de prevención, protección y atención integral a las víctimas de crímenes con ácido, álcalis o sustancias similares o corrosivas. **Ley 1675 de 2013**, se incorporan nuevos tipos penales contra el patrimonio cultural sumergido. **Ley 1696 de 2013**, por la cual se aumentan las penas para la circunstancia de agravación punitiva de homicidio culposos en estado de embriaguez y se crean mas medidas administrativas. **Ley 1708 de 2014**, se amplían los medios de extinción de dominio. **Ley 1709 de 2014**, se reforma el Código Penal, de procedimiento y penitenciario. **Ley 1719 de 2014**, se adicionan nuevos tipos penales para los delitos contra la integridad sexual y contra personas protegidas por el DIH, se incrementan las penas y se reducen garantías procesales y se incrementan términos de prescripción.

porque si bien los grupos de guerrillas han sido considerados el enemigo natural del Estado en su búsqueda por *derrocar el régimen constitucional y legal*, no ha sucedido lo mismo con los grupos de autodefensas, cuyo objetivo primordial ha sido *acabar con la subversión*; además, estos nunca han realizado actos de guerra contra el Estado, sino que en la gran mayoría de las veces, han realizado actos atroces mancomunadamente con los agentes del Estado para acabar con la guerrilla. Poner sentencia tribunal de Medellín.

Los integrantes de la guerrilla tienen un triple papel dentro de la Teoría del Derecho penal del enemigo. Por una parte, han sido considerados enemigos que no son merecedores del Derecho penal y en cambio, han sido objeto de la política de exterminio<sup>528</sup>; por otra, cuando se han rendido, han sido capturados o se han desmovilizado y sometidos a la Jurisdicción ordinaria del Derecho penal, siendo condenados como delincuentes, pero sin las garantías de estos, por ser enemigos del Estado; y finalmente, han sido postulados a la Ley de Justicia y Paz como una política de delación a cambio de una pena alternativa, con la consecuencia que esto representa: la ostensible disminución de los derechos y garantías penales y procesales, debido

---

<sup>528</sup> La **Operación Fénix**, también llamada **bombardeo de Angostura** fue un ataque de la Fuerza Aérea Colombiana, con la posterior incursión de helicópteros, personal policial y militar, realizado en una zona selvática denominada Angostura en las cercanías de la población Santa Rosa de Yanamaru, en la provincia ecuatoriana de Sucumbíos, el día 1 de marzo de 2008, causando la muerte de 22 guerrilleros, incluyendo el segundo comandante en rango del grupo terrorista armado, Édgar Devia alias "Raúl Reyes" de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), quienes se encontraban en un campamento. El ataque produjo una crisis diplomática regional por la violación colombiana de la soberanía territorial ecuatoriana y por la presencia ilegal de las FARC en Ecuador, grupo considerado terrorista en Colombia. [http://es.wikipedia.org/wiki/Operación\\_Fénix](http://es.wikipedia.org/wiki/Operación_Fénix)

La **Operación Sodoma** fue una operación militar llevada a cabo por las Fuerzas Militares de Colombia y la Policía Nacional de Colombia el 22 y 23 de septiembre del 2010 contra el grupo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). En la operación resultó muerto el jefe de las FARC, alias "Mono Jojoy" junto a dos decenas de terroristas. [http://es.wikipedia.org/wiki/Operación\\_Sodoma](http://es.wikipedia.org/wiki/Operación_Sodoma)

La **Operación Odiseo** fue una operación militar realizada por varias ramas de las Fuerzas Militares de Colombia y en conjunto con la Policía Nacional de Colombia el 4 de noviembre de 2011 contra las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).<sup>3</sup> El desarrollo de la operación, llevó más de un año de planificación con las fuerzas militares conjuntas. El resultado, fue la muerte del líder máximo de las FARC, Alfonso Cano, la captura de "El Indio Efraín", jefe de seguridad de Alfonso Cano, y la muerte de alias "El Zorro", uno de los miembros de los anillos de seguridad del jefe guerrillero. Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Operación\\_Odiseo](http://es.wikipedia.org/wiki/Operación_Odiseo).

a que son considerados enemigos y de los cuales se espera socialmente ‘un verdadero arrepentimiento’.

Por su parte, los grupos de autodefensas que se desmovilizaron y postularon de manera colectiva a la LJP, paradójicamente, no han sido considerados por parte del Estado como enemigos, por lo que no se ha desarrollado una política de exterminio en su contra, ya que realizaron gran parte de sus actividades ilícitas coadyuvados por la fuerza pública y apoyados por los grupos económicos y políticos del país como una forma de *acabar* con la subversión.

Las conversaciones previas a la expedición de la LJP con estos grupos de autodefensas se realizaron para que se desmovilizaran de manera colectiva. El Estado los postuló a la LJP para que confesaran los crímenes cometidos. Lo que nadie se imaginó, fue que los máximos jefes de las autodefensas que se postularon a la ley fueran extraditados a los Estados Unidos por delitos de tráfico de estupefacientes a pesar de que esta misma ley (art. 11.6) estableció que “su actividad no haya tenido como finalidad el tráfico de estupefacientes”. Se ha podido constatar en los diferentes fallos proferidos por el Tribunal de Justicia y Paz, y por diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, que la actividad de tráfico de estupefacientes, si bien fue un medio importante para su financiación, el grupo no tenía como tal esa finalidad.

Los miembros de los grupos de autodefensas que han sido judicializados por la Justicia ordinaria fueron condenados en su condición de ciudadanos y siguen siendo considerados como una organización delincuencia, pero no como enemigos del Estado. Sin embargo, en virtud de las confesiones que han realizado en versiones libres, se ve un fenómeno distinto, similar al de la guerrilla, que es la disminución de los derechos y garantías; pero en su caso, no por ser enemigos, sino porque no se concibe aún que, frente a tantas atrocidades, se imponga una pena alternativa entre cinco y ocho años.

La LJP, inicialmente fue pensada para la desmovilización colectiva de los grupos de autodefensas; posteriormente se planteó la desmovilización individual y así fue expedida, el 25 de julio de 2005, por conductas cometidas durante y con ocasión de la pertenencia al grupo organizado al margen de la ley y por hechos cometidos antes de su entrada en vigencia, otorgando el mismo carácter delincencia a todos los grupos armados organizados al margen de la ley, sin distinguir si eran miembros de las autodefensas o de la guerrilla.

Esto degeneró en que el tratamiento judicial, como delincuentes de grupos organizados, fuera el mismo para todos y distorsionó la naturaleza de cada uno de estos grupos, convirtiendo

a los verdaderos enemigos del Estado –grupos subversivos– en delincuentes beneficiarios de la pena alternativa, por virtud de una política de delación. La cual difiere si es versionada por los miembros de las autodefensas ya desmovilizados, frente a los miembros de la guerrilla que, adicionalmente, se convirtieron en objetivos militares de su mismo grupo por ser considerados como *traidores*.

Como puede evidenciarse, son dos actores totalmente opuestos que están siendo juzgados y condenados bajo los mismos parámetros. Las autodefensas, como miembros de una organización criminal, son juzgadas por el Derecho penal, tanto en la Justicia ordinaria como en la LJP como delincuentes de una organización; mientras que los miembros de la subversión que se desmovilizaron son condenados en la Justicia ordinaria como enemigos-delincuentes, al igual que en la Jurisdicción de justicia y paz.

Se ha desarrollado una política de JTr dirigida, no a los actores del conflicto armado en Colombia, sino a los grupos armados organizados al margen de la ley. El primero de ellos, los grupos subversivos, enemigos naturales del Estado; y el segundo de ellos, los grupos de autodefensas, que apoyan al Estado y a los grupos económicos; todos, bajo el mismo objetivo que es facilitar los procesos de paz<sup>529</sup>.

En virtud de esta política distorsionada de JTr, se ha denigrado a la categoría de *delincuentes* a los enemigos naturales del Estado que están siendo condenados como delincuentes por delitos de lesa humanidad y delitos contra el DIH, sin establecerse el alcance de estos crímenes y si fueron perpetrados como actos de guerra.

Se ha generado, en relación con los grupos de subversión, lo que se ha denominado “*modelo del terrorismo penal o del Derecho penal terrorista y criminal, entendido ‘criminal’, como rasgo no de los hechos perseguidos, sino del propio “derecho” a causa de las formas abiertamente terroristas que éste asume*”(FERRAJOLI, 2006). Significa esto que están siendo juzgados como terroristas y el solo hecho de su pertenencia al grupo, es decir, el hecho de ser guerrilleros, implica la aceptación de todos los hechos realizados por el grupo, lo que configura una responsabilidad de autor y de no de acto y la renuncia a los derechos y garantías procesales, a cambio de información veraz y de colaboración con la ‘justicia’ que permita dismantelar el grupo armado al que pertenecen.

---

<sup>529</sup> LJP. Art. 1 Objeto de la presente ley. “...facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley...”

Para este grupo, La LJP creó una situación inimaginable desde el punto de vista político y social, en el sentido de que muchos miembros de la subversión capturados fueron sometidos incluso a torturas para dar información sobre su grupo, no solamente por parte de los miembros de la fuerza pública, sino de los grupos de autodefensas; sin embargo, desde la expedición de esta Ley, al momento de la desmovilización y la postulación, no solo dan toda la información, sino que narran detalladamente en sus versiones los más mínimos detalles de su pertenencia al grupo y solicitan de manera reiterada a la FGN que los convoque para versionar y dar información eficaz sobre el grupo al que pertenecen. ¿La razón?, la posibilidad de acceder a la pena alternativa y reincorporarse a la vida civil.

*“El acta de nacimiento del Derecho penal del enemigo está en la legitimación política de estas prácticas punitivas. En la base de la identificación del terrorista y del criminal como enemigos subyacentes a las mismas, hay un deslizamiento semántico en función de auto legitimación; la confusión entre Derecho penal y guerra: nada más destructivo para el Derecho penal y el estado de derecho”<sup>530</sup>.*

Es la transformación de los enemigos combatientes por la etiqueta de ‘terroristas’.

Las AUC, como grupo armado, han desarrollado su actividad como delincuencia organizada, y en virtud de su actividad, no se les ha otorgado el calificativo de terroristas y han sido juzgados en la LJP a cambio de verdad y reparación a las víctimas, pero su confesión no va dirigida tanto a colaborar con la ‘justicia’, pues en el caso de este grupo, la desmovilización fue colectiva y su colaboración no es para dismantelar al grupo, sino para que se conozca la verdad de los hechos y de aquellos que ordenaron su actuar delictivo y obtener la pena alternativa. Sin embargo, se ha cumplido parcialmente y en muchos casos, a pesar de haberse confesado quiénes son los verdaderos responsables, no se han iniciado los procesos penales contra dirigentes de grupos económicos y políticos del país.

El Derecho penal el enemigo no es otra cosa que la versión globalizada del peligrosismo de la Escuela italiana de LOMBROSO, GARÓFALO y FERRI, dirigida a la prevención de hechos futuros, como fundamento de la ‘seguridad y protección de la sociedad’, y cuyos individuos son juzgados y condenados dentro de ese Derecho penal peligrosista, con la diferencia de que

---

<sup>530</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas. México, 2007. pp. 7, ss

los individuos del Derecho penal del enemigo son considerados no-personas, y por ende, son excluidas del Derecho penal.

*Contrariu sensu* a esta postura, la LJP<sup>531</sup> busca la reincorporación de los grupos armados organizados al margen de la ley que contribuyan a la consecución de la paz y la reincorporación de sus miembros a la vida civil sobre la base del juzgamiento y condena.

En el Derecho penal del enemigo se contraponen a la *categoría ontológica del ser humano* y a la *categoría normativa de persona*<sup>532</sup>. Se basa en la distinción entre ser humano como concepto pre jurídico y persona como constructo normativo de la imputación jurídico-penal y en este sentido, cuando la aplicación del Derecho penal del enemigo se hace depender del reconocimiento como persona, solo resta al mero individuo como *no persona* el Derecho penal del enemigo<sup>533</sup>.

Estas premisas separan al Derecho penal del enemigo de un Derecho penal fundado en la dignidad humana<sup>534</sup> y como afirma CANCIO MELIÁ, el “Derecho penal del ciudadano es un pleonismo, Derecho penal del enemigo una contradicción en los términos”<sup>535</sup>.

En el marco de la LJP y especialmente en el proceso de JTr que se adelanta desde el año 2005, gran parte de las ‘conductas criminales’ no son crímenes. Son actos propios de la guerra que están siendo considerados como crímenes de lesa humanidad y crímenes contra el DIH.

Estos guerrilleros desmovilizados están siendo juzgados por actos que por su propia naturaleza no constituyen crímenes, pero que paradójicamente, por haber tenido ocurrencia *durante y con ocasión* de su pertenencia al grupo, los procesados son juzgados como criminales; cuando no pueden ser juzgados por actos propios de la guerra, precisamente por haber pertenecido a un grupo insurgente. Este es otro escenario en el que se está aplicando la irracional Teoría del Derecho penal del enemigo.

---

<sup>531</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005 (LJP), art 1.

<sup>532</sup>SCHÜNEMANN, B. Debate en torno a la conferencia “La idea de la normativación en la dogmática jurídica penal”, del profesor JAKOBS (coment.), en MORENO HERNANDEZ (coord.). Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Mexico, 2003, p. 266.

<sup>533</sup>GRACIA MARTIN. “Consideraciones críticas sobre el actual denominado ‘Derecho penal del enemigo’”. Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología 07-02 (2005) Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recp>, pp. 41 y ss.

<sup>534</sup>AMBOS, K. *Derecho penal del enemigo*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 4.

<sup>535</sup>JAKOBS, G. / CANCIO, M. *Derecho penal del Enemigo*. Ed. Civitas, Buenos aires, 2006, 2ª ed., p. 89.



Hemos analizado cómo la doctrina mayoritaria no está de acuerdo con esta postura de JAKOBS; no obstante, y con toda la fuerza vinculante de una decisión judicial, se está aplicando en todos los escenarios, no solo en JyP.

### 3. El fenómeno jurídico de la macrocriminalidad en la construcción de patrones y contexto

*“Es claro que al faltar, antes incluso que la acción y el hecho, la prohibición, todas las garantías penales y procesales, resultan neutralizadas”<sup>536</sup>”*

FERRAJOLI

#### 3.1. Consideraciones previas

Los postulados a la LJP son procesados por crímenes de lesa humanidad y delitos contra el DIH, en virtud de los crímenes cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo amado organizado al margen de la ley, que se desmovilizaron y están buscando su reincorporación a la vida civil. Significa esto que los desmovilizados de los grupos de guerrilla y autodefensas, según esta ley, han cometido crímenes en virtud del conflicto armado que vive Colombia desde hace varias décadas.

El Estado colombiano desde sus orígenes ha sido el promotor del conflicto armado y en los últimos cincuenta años ha promovido la conformación de grupos de paramilitares, aún desde la misma normatividad<sup>537</sup>. Además, ha participado en la guerra contra los grupos subversivos

---

<sup>536</sup>FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 101.

<sup>537</sup>COIDH. *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004. A partir de la década de los sesenta del siglo XX surgieron en Colombia diversos grupos guerrilleros, por cuya actividad el Estado declaró “turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional”<sup>17</sup>. Ante esta situación, el 24 de diciembre de 1965, el Estado emitió el Decreto Legislativo No. 3398 “por el cual se organiza la defensa nacional”, el cual tenía una vigencia transitoria, pero fue adoptado como legislación permanente mediante la Ley 48 de 1968 (con excepción de los artículos 30 y 34). Los artículos 25 y 33 del referido Decreto Legislativo dieron fundamento legal a la creación de “grupos de autodefensa”. En la parte considerativa de esta normativa se indicó que “la acción subversiva que propugnan los grupos extremistas para alterar el orden jurídico, requiere un esfuerzo coordinado de todos los órganos del poder público y de las fuerzas vivas de la Nación” y, al respecto, el referido artículo 25 estipuló que “[t]odos los colombianos, hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio militar obligatorio, pod[í]an ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuy[eran] al restablecimiento de la normalidad”. Asimismo, en el párrafo 3 del mencionado artículo 33 se dispuso que “[e]l Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas como de uso privativo de las Fuerzas Armadas”<sup>18</sup>. Los “grupos de autodefensa” se conformaron de manera legal al amparo de las citadas normas, por lo cual contaban con el apoyo de las autoridades estatales.

En el marco de la lucha contra los grupos guerrilleros, el Estado impulsó la creación de tales “grupos de autodefensa” entre la población civil, cuyos fines principales eran auxiliar a la Fuerza Pública en operaciones antisubversivas y defenderse de los grupos guerrilleros. El Estado les otorgaba permisos para el porte y tenencia de armas, así como apoyo logístico, p. 37.

utilizando todos los mecanismos, legítimos y no legítimos, para exterminar a estos grupos de guerrilla, cuya finalidad ha sido “derrocar el régimen constitucional y legal”<sup>538</sup>, y por ello el Estado no ha escatimado esfuerzos en acabar con su ‘enemigo natural’, sin que lo haya podido lograr.

Inicialmente, con el surgimiento de la guerrilla, los grupos de autodefensas buscan de forma mancomunada con las fuerzas militares exterminar estos grupos, pero la guerra ha ido cambiando de matiz a medida que han pasado los años, hasta el punto que el narcotráfico juega un papel muy importante tanto para las autodefensas como para los grupos subversivos.

En la década de los noventa se incrementaron las masacres realizadas por las autodefensas con la participación de la clase política y económica del país y el apoyo de las fuerzas militares para acabar a los grupos subversivos, que a su vez, también se empiezan a financiar con dinero del narcotráfico, mediante la modalidad de lo que se ha denominado la ‘vacuna al gramaje’ para obtener financiación y recursos al igual que con la modalidad del secuestro y el pago del llamado ‘impuesto’ a comerciantes, agricultores y empresarios.

A partir de este contexto se expide la LJP, inicialmente para la desmovilización de los grupos de autodefensas, pero finalmente, el legislativo incorpora a los desmovilizados que de manera individual, busquen la pena alternativa a cambio de la confesión y colaboración eficaz para dismantelar el grupo al cual pertenecen, que no son otros que los desmovilizados de la insurgencia, especialmente de las FARC.

Para ubicarnos en el contexto que culminó con la expedición de la mencionada ley, es necesario conocer los antecedentes históricos que generaron este conflicto, al igual que a los actores del mismo, en los diferentes momentos históricos.

Igualmente, se hace necesario conocer el papel que han jugado las Fuerzas Militares y el Estado en la guerra y así establecer el contexto del conflicto armado que permitió la implementación de la llamada JTr, con la imposición de una pena alternativa y la creación de la llamada *política de priorización*, que incorporó el fenómeno jurídico de la macrocriminalidad en el ámbito de la LJP y determinar finalmente, si este contexto se corresponde con la verdad

---

<sup>538</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P.Col.). “Art 467. Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar, al gobierno nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente incurrirán en prisión de seis (06) a nueve (09) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

histórica del conflicto en Colombia, o si es solo una visión parcial e institucional que justifica esta política.

Para esto, es necesario dilucidar los antecedentes del conflicto armado a partir de definir los contextos en que se han desarrollado los diferentes intentos de procesos de paz, especialmente mediante amnistías e indultos y definir con claridad cuáles son los actores y los autores del conflicto, para mostrar que los grupos de autodefensas y la insurgencia, constituyen solamente una parte de ellos.

Se requiere ilustrar, necesariamente, sobre los graves crímenes que han sido de conocimiento de la Jurisdicción internacional; pero que si bien, han sido muy pocos los sancionados por la CIDH, muestran que el Estado colombiano es el mayor responsable del conflicto armado en Colombia, mediante las sentencias en las cuales ha sido condenado por la CoIDH, bajo diferentes modalidades, esto es, por cometer dichos crímenes de manera directa, por hacerlo en coadyuvancia con los grupos de autodefensas, o por omisión al deber de proteger a la población, refiriéndonos, no solamente a las Fuerzas Militares, sino a los agentes del Estado en general.

Necesariamente, ha de resolverse lo relativo al origen del concepto de macrocriminalidad en los crímenes cometidos por los postulados a la LJP y aclarar, si en el marco de esta ley, la macrocriminalidad está referida a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra y cómo a partir de la Ley 1592 de 2012 se incorporó el concepto de patrón de macrocriminalidad como una forma de investigación para asegurar el esclarecimiento de la verdad en el accionar de los grupos organizados al margen de la ley y para develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables (arts. 10 y 16A).

Mostraremos que no es viable que la macrocriminalidad corresponda a los crímenes de mayor gravedad para la humanidad, pues el concepto político de lo macro criminal está circunscrito al método de investigación de un patrón criminal, y como tal, no se puede elevar a una categoría de crimen desde la política criminal, en tratándose de los delitos de mayor gravedad para la humanidad.

Buscar la verdad y la justicia a partir de estructurar un patrón de ‘macro’ criminalidad para develar las causas, motivos y contexto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron los hechos, no constituye una teoría política del concepto de macrocriminalidad en

crímenes atroces cometidos contra el DIDH y el DIH, sino que por el contrario, se circunscribe a un método de investigación criminal.

Para desarrollar este tema se precisa hacer una delimitación conceptual de diferentes categorías referidas al delito; delimitar el concepto de macrocriminalidad como método para construir patrones y como concepto político de los crímenes de mayor gravedad para la humanidad; y necesariamente, hacer el análisis del contexto en el que se imputan estos crímenes.

El último tema de estudio en este capítulo corresponde a lo que he denominado *el dominio de la voluntad sin dominio como máxima de la justicia transicional*, a partir de la política de priorización del máximo responsable, toda vez que la imputación y formulación de cargos respecto de la autoría y participación, en estructuras o en aparatos organizados de poder que se está aplicando a los grupos armados organizados al margen de la ley en el proceso de Justicia y Paz, son de carácter colectivo bajo el concepto del Derecho penal de autor, por razón de pertenecer al grupo y durante el término de su permanencia en él; esto es, que la responsabilidad es colectiva mientras el postulado hizo parte del grupo organizado al margen de la ley en una zona geográfica específica, y por estas circunstancias.

La imputación de la autoría y participación a través de aparatos organizados de poder ha generado muchas dificultades en su aplicación dentro del proceso de JTr que ha llevado, prácticamente, a imputaciones colectivas tanto de los grupos de autodefensas como de los guerrilleros desmovilizados, en razón a que se ha desbordado el ámbito normativo que está delimitado a la luz de Estado de Derecho en general y del principio de legalidad en particular, en la medida en que las categorías de autoría mediata, de coautoría y participación, contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, establecen la imputación dentro del ámbito de la culpabilidad de manera individual, y por lo tanto, la falta de concreción de la responsabilidad individual desborda su aplicación en el contexto de la denominada ‘macrocriminalidad’, y con ella de la culpabilidad y responsabilidad colectiva, bajo el criterio de macrocriminalidad referido al máximo responsable.

### **3.2. Conflicto armado y contexto**

Para comprender mejor la implementación y aplicación de la JTr en la forma en que se ha venido desarrollando en la LJP, es necesario incursionar primero en los antecedentes históricos, políticos y normativos que se han presentado previamente a la construcción del marco jurídico para la paz; segundo, en conocer los procesos de amnistías e indultos que

precedieron la expedición de la ley; tercero, en establecer si los actores y autores del conflicto armado son los mismos; y cuarto, en presentar las condenas proferidas por la CoIDH contra Colombia; con el fin de incursionar en el tema de la macrocriminalidad y la forma como se está construyendo el contexto a partir de este modelo de investigación en el proceso de Justicia y Paz, sin la verdad de todos los actores y autores de la guerra.

Lo primero que se vislumbra cuando se estudia la historia de Colombia es que el conflicto armado tiene una connotación ideológica contra los ‘comunistas’, los ‘socialistas’, ‘los de izquierda’, los ‘guerrilleros’, los ‘sindicalista’, ‘los sectores sociales’, ‘los indígenas’, las comunidades “afro-descendientes”, entre muchos otros; pero más allá de esto, considero que el conflicto armado es un mecanismo de consolidación de los grandes grupos económicos y políticos, en su lucha por monopolizar la tierra, y para ello, han contado con el apoyo de las Fuerzas Militares del Estado, en coadyuvancia con los grupos de autodefensa.

Los problemas estructurales que han generado la violencia en Colombia en sus diferentes formas hasta llegar a la comisión de graves crímenes contra la humanidad, como el desplazamiento forzado, el reclutamiento de menores en la guerra, la desaparición forzada, el secuestro, la tortura y los tratos crueles e inhumanos, los asesinatos selectivos y en masa y el genocidio, son de carácter económico y político.

La lucha por el poder político para continuar consolidando las grandes estructuras económicas, la implementación y consolidación de los monopolios y oligopolios en temas de salud, pensiones, educación y tierra, entre muchos otros aspectos, son los verdaderos problemas estructurales del país, que se han justificado y encubierto en ‘el conflicto armado’ para no ser resueltos y que con los Acuerdos de paz que adelantan actualmente en la Habana, no se van a resolver.

Esto quiere decir que, si bien, existe un conflicto armado que ha degenerado en la violación permanente de los DH y la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra que han dejado millones de víctimas, los grupos insurgentes, mediante la lucha armada, supuestamente, para mejorar estas condiciones, han sido la excusa perfecta para la justificación, no solamente de la guerra, sino del fortalecimiento de los grandes grupos económicos y la clase política, tanto mediante las actividades ‘licitas’, como mediante el tráfico de armas y estupefacientes.

Según el informe presentado por la Fiscalía de la CPI,

*“Colombia ha sufrido casi cincuenta años de conflicto violento entre las fuerzas gubernamentales y grupos armados rebeldes, así como entre tales grupos. Entre los actores más destacados se encuentran las guerrillas armadas denominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo (“FARC”) y el Ejército de Liberación Nacional (“ELN”); grupos armados paramilitares, a veces denominados colectivamente Autodefensas Unidas de Colombia (“AUC”); y las fuerzas armadas nacionales y la policía”*<sup>539</sup>.

Según este mismo informe<sup>540</sup>, para que se configure un crimen de guerra se exige la existencia de un conflicto armado; y

*“Existe un conflicto armado cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos dentro de un mismo Estado”*<sup>541</sup>.

*“Un conflicto armado que no es de índole internacional se caracteriza por el estallido de hostilidades armadas con cierto nivel de intensidad, que sea superior al de situaciones de tensión y disturbios internos, tales como motines, actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos, y que tenga lugar dentro de los límites del territorio de un Estado”*<sup>542</sup>.

Por otro lado, el enfrentamiento debe alcanzar un nivel mínimo de intensidad y las partes deben mostrar un nivel mínimo de organización, esto es:

*La intensidad* puede determinarse por la escala, la gravedad, el incremento de los ataques, el tipo de operaciones, la movilización y distribución de las armas, la duración de las operaciones del combate, la expansión geográfica y el hecho que el conflicto haya atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y de ser el caso que este haya adoptado alguna resolución al respecto<sup>543</sup>.

*La organización*, está determinada por la fuerza de jerarquía interna del grupo; la estructura de mando y las reglas; la disponibilidad de pertrechos militares; la capacidad de planificar operaciones militares y ponerlas en práctica; y el alcance, la gravedad e intensidad de cualquier

---

<sup>539</sup>CPI. INFORME DE FISCALÍA / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012.

<sup>540</sup>CPI. INFORME DE FISCALÍA / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012, p. 124 y ss.

<sup>541</sup>Véase Elementos de los Crímenes, penúltimo elemento de cada crimen en virtud del artículo 8. “Sentencia contra Thomas Lubanga”), CPI-01/04-01/06-2842, párr. 533 (referencia a International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecutor v. Tadic, “Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction,” 2 de octubre de 1995, Caso No IT-94-1, párr. 70). 185 Traducción no oficial. Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo,” ICC-01/05-01/08-424, 15 de párr. 231.

<sup>542</sup> Coalición por la Corte Penal Internacional. *Caso Lubanga*. Sentencia de 26 de enero de 2009, párr. 538. Disponible en: <http://www.iccnw.org/?mod=drctimeline&lang=es>.

<sup>543</sup>CPI. INFORME DE FISCALÍA / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012, párr. 538 y 126.

participación militar<sup>544</sup>. Los grupos armados organizados deben tener un grado suficiente de organización que les permita perpetuar una violencia armada prolongada<sup>545</sup>.

Según el Reporte Intermedio, desde el 01 de noviembre de 2009, fecha en la cual la CPI tiene competencia sobre crímenes de guerra en Colombia, se ha presentado un conflicto armado de índole no internacional entre grupos armados –FARC y ELN–, y el Gobierno, toda vez que estos grupos muestran un grado suficiente de organización, han participado en hostilidades militares prolongadas cuya intensidad es suficiente para cumplir los requisitos del umbral de existencia del conflicto armado, el cual quedó reconocido en la Ley 1448 de 2011<sup>546</sup>, por el Gobierno<sup>547</sup> que *“Reconocer conflicto armado interno no les da estatuto político a los terroristas,”* y por el Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>548</sup>.

No obstante, resulta paradójico que el Gobierno afirme reconocer que hay conflicto armado sin estatus político para los insurgentes, porque los considera terroristas.

De todas maneras, independientemente de estos reconocimientos, el conflicto armado que ha tenido Colombia desde hace varias décadas ha sido reconocido y no reconocido en diferentes momentos históricos, dependiendo de los fines de los gobiernos de turno y es precisamente, la Ley 975 de 2005 la que reconoce la existencia del conflicto cuando estipula que

*“La presente ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”.*

El primer asunto que hay que resolver es establecer si hay un conflicto armado, lo cual, según la CPI, cumple con los requisitos del umbral de existencia el conflicto armado; y en

---

<sup>544</sup>CPI. INFORME DE FISCALÍA / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012, párr. 537 y 127.

<sup>545</sup>CPI. INFORME DE FISCALÍA / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012, párr. 536 y 127.

<sup>546</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1448 de 2011, “Por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los DH e infracciones al DIH,”. En el artículo 3 se lee lo siguiente: “Se consideran víctimas, para los efectos de esta Ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al DIH o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de DH, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.”

<sup>547</sup> Véase PRESIDENCIA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 6 de mayo de 2011. Disponible en: [http://wspág.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Mayo/Paginas/20110506\\_10.aspx](http://wspág.presidencia.gov.co/Prensa/2011/Mayo/Paginas/20110506_10.aspx). [Fecha de consulta: 3 de julio de 2012].

<sup>548</sup> Reporte 128. Véase, por ejemplo, “Summary Report: Afghanistan, Colombia, Democratic Republic of the Congo, Georgia, Haiti, Lebanon, Liberia and the Philippines: opinion survey and in-depth research”, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009. Disponible en: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/summary-report.pdf>. [Fecha de consulta: 14 de agosto de 2012].



consecuencia, el segundo aspecto a resolver es quienes son los actores de ese conflicto. De todas maneras, si la Ley de JyP reconoció el conflicto, no otorgó a los postulados a ella el estatus de combatientes, sino que los ha procesado, juzgado y condenado como delincuentes comunes con una pena alternativa.

### **3.2.1. Antecedentes.**

El conflicto armado en Colombia no se reduce a lo sucedido en los últimos cincuenta años. Inicialmente, la violencia se presentó desde la misma época de la conquista hasta la época revolucionaria, que abarca de 1810 a la independencia de Colombia, el 7 de agosto de 1819; pero continúa durante todo el siglo XIX con las guerras civiles, que culminan con la guerra de los Mil Días, con la que se da inicio al siglo XX.

Después de transcurrir un siglo XIX con las guerras de independencia y azotado por las guerras civiles<sup>549</sup> que aquejaron a nuestro país y que confluyeron en la expedición de múltiples constituciones<sup>550</sup>, en 1886 se expidió la Constitución Política de Colombia sobre la base de la religión católica y una posición política bipartidista, liberal-conservadora, reconstituida “en forma de Republica Unitaria”<sup>551</sup>, sin que esto significara el fin de la guerra.

De hecho, este siglo culmina con la guerra de los Mil Días, producto de la inestabilidad política, el déficit económico dejado por todas las guerras, la lucha contra el régimen centralista que acabó con el sistema federal y el enfrentamiento entre los partidos políticos liberal y conservador, para dar inicio así al siglo XX.

---

<sup>549</sup> SANCHEZ, G. *Guerra y política en la sociedad colombiana*, Ed. Ancora Editores, Bogotá, 1991, p. 16 y ss. “Guerra y política son practicas colectivas simétricas e indisociables en el siglo XIX. En efecto, la memoria política del siglo XIX en Colombia se construye sobre la base de una doble referencia: desde el punto de vista de la primera, la historia nacional aparece como una historia de guerras y batallas. Guerras y batallas de independencia, por supuesto, pero también con posterioridad a las luchas liberadoras, las guerras entre caudillos que se afirmaban a nombre del combate contra la anarquía: la guerra de los supremos, en 1840; las guerras federales (1860, 1876-77); la guerra de los Mil Días, al quiebre del siglo; la batalla de garrapata (1877), la batalla de la humareda (1885), las batallas de Palonegro y Peralonso (guerra de los Mil Días), para dar solo algunos ejemplos de una larga lista”. La guerra no era considerada como una perversión de la política, sino como su instrumento mas eficaz. Frente al trípode iglesia, hacienda y partidos, en donde el Estado tenia un carácter semiausente.

<sup>550</sup> SAMPER, J. *Derecho Público Interno*, Ed. Temis, Bogotá, 1982. Constitución de Cúcuta de 1821, Constitución de 1830, la de 1832 para el “Estado de Nueva Granada”, 1843 momento en que se da nacimiento al futuro partido conservador, la Constitución de 1853, la de 1858 como consecuencia del golpe de estado del 17 de abril de 1 de 1854. La Guerra Civil de 1880 trajo como consecuencia la Constitución de Rionegro y para finalizar el siglo XIX la Constitución de 1886 que estuvo vigente hasta 1991.

<sup>551</sup> CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1886, art. 1.

El siglo XX inicia con la guerra de los *Mil Días* y “El día más doloroso de la patria: 3 de noviembre de 1903: Separación de Panamá”<sup>552</sup>. El gobierno de Estados Unidos había reconocido el 06 de noviembre de 1903 a la República proclamada en el Istmo de Panamá, y el 18 del mismo mes estaba listo el tratado “por el cual el Estado Panameño concedía autorización para construir el canal de Panamá<sup>553</sup>”, producto de los objetivos políticos del poder norteamericano, determinados por la geografía, la técnica, la economía y el predominio militar, encubierto diplomáticamente por la doctrina MONROE<sup>554</sup> y en la “ignorancia de las condiciones imprescindibles del Estado Moderno<sup>555</sup>” por parte de los dirigentes colombianos.

Después de la Primera Guerra Mundial comienzan a surgir los primeros sindicatos con las primeras huelgas en Barranquilla y en Cartagena en 1918. Con el inicio de la siguiente década nace el sindicalismo socialista<sup>556</sup> y con él, las primeras huelgas. La primera gran huelga se realizó contra la Tropical Oil Company: el 8 de octubre de 1924 más de 50 obreros se declararon en huelga. La Company se negó a negociar y algunos de los líderes fueron deportados, por lo que la compañía inició una persecución contra los huelguistas. Luego de 16 días de huelga, la policía disparó contra los trabajadores y el gobierno declaró el estado de sitio<sup>557</sup>.

---

<sup>552</sup> LOPEZ DE MESA, L. *La historia colombiana en tres minutos*, en El Tiempo. Lectura Dominicales. Bogotá, 28 de mayo de 1961.

<sup>553</sup> LOPEZ DE MESA, L. *La vida política después de Panamá 1903-1922*, 1985. Manual de historia de Colombia, Tomo III. Ed. Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1985, p. 83.

<sup>554</sup> La doctrina Monroe resumida en la popular frase “América para los Americanos” ha sido una pieza fundamental de la política exterior de Estados Unidos en relación a Latinoamérica. Es la concepción de política exterior de estados Unidos según la cual cualquier intento de colonización o intervención de una potencia europea en territorio del continente americano será respondido por estados Unidos que no tolerará ninguna clase de intromisión en la zona. Fue anunciada por James Monroe en 1823 durante su discurso sobre el Estado de la Nación, sin embargo no recibió oficialmente esta designación sino 30 años después. [historiausa.about.com](http://historiausa.about.com)

<sup>555</sup> LOPEZ DE MESA, L. *La vida política después de Panamá 1903-1922*, op. cit., p. 88.

<sup>556</sup> LOPEZ DE MESA, L. *La vida política después de Panamá 1903-1922*, 1985, op. cit., 225. “La mayoría de las huelgas fueron reacciones espontáneas de obreros no organizados ante situaciones de injusticias concretas. Las huelgas se hacían donde no existían sindicatos y a veces las ayudaban a organizar agitadores socialistas como María Cano o Raúl Eduardo Mahecha”.

<sup>557</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1886. “Artículo 121.- En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el Presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los Ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella”.

Mediante tal declaración quedará el Presidente investido de las facultades que le confieran las Leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el Presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los Ministros.

Cuatro años más tarde se produjo la huelga contra la Unite Fruit Co., que concluyó con la declaratoria de estado de sitio por parte del gobierno, ordenando a la fuerza pública “que con las prevenciones legales dé estricto cumplimiento a ese decreto, disparando sobre la multitud si fuere el caso”<sup>558</sup>; el general Cortes Vargas ordenó a las tropas disparar, quedando un saldo de 100 muertos, 238 heridos y 31 participantes condenados a prisión.

Con el desprestigio del partido conservador por *la masacre de las bananeras*<sup>559</sup>, se consolida el partido liberal y éste, se hace a la presidencia en 1930 permitiendo el surgimiento de líderes como Jorge Eliécer Gaitán<sup>560</sup>.

Gracias a la división del partido conservador, en 1930 llega al poder el partido liberal bajo el gobierno de Enrique Olaya Herrera, quien para mantener el poder, fortalece el movimiento sindical, y el gobierno, en lugar de atacar las protestas, las institucionalizó mediante la Ley 83 de 1931, que reconoció el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos. Durante este período se consolidarían muchos sindicatos que empezaron a desaparecer hacia finales de la década de los años 40, cuando asume el poder nuevamente el partido conservador.

---

El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias.

<sup>558</sup>LOPEZ DE MESA, L. “La vida política después de Panamá 1903-1922”, 1985. Manual de historia de Colombia, Tomo III. Ed. Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1985, p. 232.

<sup>559</sup>URRUTIA, M. *Manual De Historia de Colombia. El desarrollo del movimiento sindical y la situación de la clase obrera*. Tomo III., Ed. Pro Cultura S.A. Bogotá, 1984, p. 230 y ss. “A la 1.30 del 06 de diciembre un pelotón del ejercito entró en l plaza de Ciénaga, un oficial Leyó la declaración del estado de sitio y se le dieron cinco minutos a la multitud para que se dispersara. Después que pasó el tiempo concedido, el general Cortes Vargas ordeno a sus tropas disparar, y según su propia versión , 13 personas murieron y 19 quedaron heridas. Después de esto comenzó el reino del terror...”

<sup>560</sup>Caudillo liberal, nacido en Bogotá, en el barrio Las Cruces, el 23 de enero de 1898, muerto en la misma ciudad, el 9 de abril de 1948. Para muchos colombianos, el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán Ayala, el 9 de abril de 1948, se convirtió en un suceso desequilibrador, después del cual no ha sido posible recuperar la estabilidad política en Colombia. “viajó a la zona bananera para investigar directamente los sucesos del 5 de diciembre de 1928, que habían concluido con la masacre de trabajadores de la United Fruit Company. De regreso a Bogotá, en septiembre, se dedicó a denunciar la masacre y las injusticias cometidas en la zona por el gobierno y el ejército oficial”. Disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/biografias/gaitjorg.htm>. El 9 de abril, a la 1:05 de la tarde, al salir de su oficina, Jorge Eliécer Gaitán cayó asesinado. Su muerte provocó una insurrección popular en todo el país [Ver tomo 2, Historia, pp. 536-539; y tomo 5, Cultura, pp. 159-160].

Durante gran parte del siglo pasado, la hacienda, la iglesia y los partidos políticos<sup>561</sup> seguían siendo el centro de gravedad de la sociedad colombiana<sup>562</sup> con nuevos matices: sindicalismo, socialismo, comunismo, ligas campesinas, entre otros. Nuevas dinámicas de interacción social fueron lideradas por Gaitán, quien fuera líder político en la década de los años 30 y 40, y quien generó diferentes tipos de oposiciones, como antagonista político entre el pueblo y la oligarquía. Era un líder populista y puso en evidencia las contradicciones de clases sociales, que lo configuraron como un líder social y político, militante en el partido liberal. El desenlace de estas nuevas confrontaciones culminaría con su asesinato el 09 de abril de 1948 que desencadenó el denominado *bogotazo*, el levantamiento popular generalizado que potenció la efervescencia popular y confluyó en un periodo de violencia en todo el país<sup>563</sup>.

---

<sup>561</sup>BUSHNELL, D. *Pasado y presente de la violencia en Colombia. Política de partidos en el siglo XIX algunos antecedentes históricos*. Ed. CEREC, Bogotá, 1995, 2ª ed., p. 75 ss. "Aun queda en pie el problema de la significación social de estas divisiones; pero en términos muy generales casi parecen repicar las bases sociales del bolivarianismo y del santanderismo de la gran Colombia. Es decir que el partido conservador lucía un poco mas aristocrático - inclinándose a él las capas mas distinguidas de la oligarquía – en contraposición a un Partido Liberal cuyos fundadores no eran precisamente hombres del pueblo, pero con mayor frecuencia que los conservadores, provenían de las capas altas bajas ( o medias altas)". "... si analizamos los programas y la ideología de los dos partidos salta a al vista que el único elemento de la sociedad que tenia razón contundente para afiliarse con uno solo era el clero, porque a medida que pasaban los años se perfilaba mas claramente una diferencia entre liberales y conservadores en política eclesiástica.... "... pero el conflicto religioso estallo de manera definitiva solo a mediados del siglo, cuando los liberales se sintieron de repente lo suficientemente fuertes como para acometer frontalmente la reforma eclesiástica.."

<sup>562</sup>SANCHEZ, G. *Guerra y Política en la sociedad colombiana*, Ed. Ancora Editores, Bogotá, 1991, p. 27 y ss.

<sup>563</sup>En una entrevista concedida por Gloria Gaitán, hija del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, asesinado en 1948, declaró: "Si uno analiza los momentos en que se inicia el genocidio al gaitanismo, que es en 1945, ve que no son acciones que estén aisladas del contexto político; es decir, a medida que el gaitanismo tiene más y más posibilidades de llegar al poder por la vía electoral, cada vez se va incrementando el proceso de matar deliberadamente a las figuras más connotadas del gaitanismo regionalmente. Eso, por un lado, demuestra que hay una correlación directa entre crecimiento del movimiento gaitanista y empleo de las matanzas colectivas sistemáticas, y no solamente regionales sino nacionales a la dirigencia gaitanista".

"Pero si vemos por otro lado, también entendemos que hay la utilización de dos elementos: uno, la chulavización de la policía. Hay declaraciones muy directas y explícitas del gobernador de Boyacá, Pepe Villareal, diciendo que eso se encuentra en dos documentos: uno, el libro de Arturo Alape, sobre el bogotazo; y el otro, la recolección de memorias individuales firmadas por María Valencia".

"Y ahí uno encuentra que la 'godificación', como lo han llamado, de la Policía se hace en declaraciones de Villareal de una manera deliberada para tener una policía al servicio del régimen de la Unión Nacional, que era un régimen presidido por Ospina Pérez, pero con miembros de partidos liberales y conservadores. Los anteriores son los antecedentes del Frente Nacional. Y también la utilización tradicional y consciente de los sentimientos atávicos del pueblo hacia los partidos tradicionales".

"Como se trata siempre de borrar la autoría de todos los genocidios y achacárselos al pueblo, es mucho más fácil decir que no fue una violencia deliberada de la oligarquía liberal y conservadora para exterminar al gaitanismo sino que fue una guerra bipartidista del pueblo liberal contra el pueblo conservador, es decir, ya ; no es el Estado el que tiene la culpa sino que es el mismo pueblo, es lo que sucede hoy. Es decir, las grandes masacres

La violencia generada entre 1945 y 1965, fue una guerra entre las clases dominantes, y como tal, una versión tardía de las guerras decimonónicas; pero además fue una guerra entre las clases dominantes y el movimiento popular, cuyos componentes fueron *el terror*<sup>564</sup>, *la resistencia* y la resultante *conmoción social*<sup>565</sup>.

Esta guerra obedeció al sectarismo bipartidista y a la incursión del estado mediante la fuerza pública contra la población, mediante la política de aniquilación de lo social y supresión de lo político, a través de políticas como el desmantelamiento *a sangre y fuego* de la rebelión de abril; el conjunto de dispositivos ideológicos, legales y de coerción encaminados a desmantelar las organizaciones obreras, exterminar toda posibilidad de protesta cívica o social; y la generalización de la represión que adquiere visos de cruzada de exterminio contra el gaitanismo y el liberalismo<sup>566</sup>.

Como parte de esa política se expidió el Decreto 1139 del 22 de abril de 1955, que estableció que

*“Quien divulgue informes o noticias que imputen directa o indirectamente a las fuerzas armadas o a uno o varios miembros de ellas, la realización de hechos cometidos en campaña o misiones de orden público que la Ley haya erigido en delito o que por su carácter deshonesto o inmoral sean*

---

no las comete el Estado sino que las cometen los paramilitares. Cuando los paramilitares, tal como lo han denunciado organismos internacionales, están en estrecha vinculación con el ejército, es el mismo mecanismo. Como ya no les funciona tanto la violencia entre liberales y conservadores, ahora la tienen que hacer entre guerrilleros y paramilitares, para echarle la culpa a la gente común y corriente, a los campesinos y no al Estado”.

“Creo que no conozco históricamente otros propósitos fuera de la invasión de los españoles al continente, que haya sido un genocidio deliberado por la toma del j poder, por dominar el Estado; eso sucede cuando se quieren acabar los imperios | precolombinos para instaurar la colonia; es una lucha por el poder y luego nuevamente se utiliza el genocidio a partir del 45. ¿Y por qué el genocidio se ha continuado? Porque antes eran matanzas por razones sociales y económicas, puntuales; por ejemplo, la lucha por la tierra; lo que sucedió en todo el norte del Tolima y el sur de Cundinamarca y también en el caso de las bananeras, que son por cuestiones económicas y sociales, y por lo tanto, son puntuales desde el punto de vista regional. Pero, ¿cuándo se vuelven nacionales y por qué el genocidio sigue siendo un instrumento, similar al que se inicia en el 45? Porque efectivamente el pueblo, tal vez inconscientemente, pero ya entiende que la solución de sus problemas económicos y sociales radican en cuestiones de poder, no solamente en cuestiones coyunturales de tipo local. De modo que analizar el genocidio de la década de los años cuarenta, nos permite ver mecanismos idénticos con el genocidio de la Unión Patriótica; porque lo que diferencia a la UP con otros movimientos políticos contemporáneos es que estaba bajo las directivas de quienes querían la toma del poder, no compartir el poder con la oligarquía; es decir, cuando se plantea el quítese la oligarquía para que el pueblo se tome el poder, es cuando se aplica el genocidio”.

<sup>564</sup> Laureano Gomez, antes de acceder a la presidencia afirmó: “hay un millón ochocientos mil cédulas falsas”, haciendo referencia a despojar de la ciudadanía al partido liberal.

<sup>565</sup> SANCHEZ, G. *Guerra y Política en la sociedad colombiana*, ... op.cit., p. 30.

<sup>566</sup> SANCHEZ, G. *Guerra y Política en la sociedad colombiana*, op.cit., p. 32.

*susceptibles de exponerlos a la animadversión, el desprecio o el desprestigio públicos, incurrirá en prisión de 2 a 5 años”<sup>567</sup>.*

Todas las libertades habían sido desconocidas y las retenciones arbitrarias configuraban el panorama de la violencia institucionalizada.

Según se afirma en el fallo de la CoIDH por la Ley 48 de 1968, se consignaron la ausencia de un instrumento legal para articular la seguridad interior y exterior de la nación; la obligación estatal de procurar el bienestar y protección de los asociados; la necesidad de unir los órganos del poder público y ‘las fuerzas vivas de la nación’ para enfrentar la acción subversiva de grupos extremistas y la importancia de enterar a la población colombiana de la movilización y la defensa civil, temas que, por su trascendencia, no incumbían de manera exclusiva a las Fuerzas Armadas (p. 102)<sup>568</sup>.

En 1956, en virtud de la declaratoria del Estado de Sitio<sup>569</sup> mediante decreto<sup>570</sup>, el presidente, en uso de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución, decretó que quien tomara parte en las actividades políticas de índole comunista se le impondría pena de presidio de uno a cinco años; incapacidad para actuar como dirigente sindical y para pertenecer a las Fuerzas Armadas, sin ningún tipo de beneficio, entre muchas otras restricciones.

Mediante el Plebiscito de 1957, que reformó la Constitución Política, se planteó la división del poder en dos partidos políticos, el liberal y el conservador, como las únicas formas de participación política<sup>571</sup>, lo que acentuó aún más, la violencia que dio origen al actual conflicto armado.

---

<sup>567</sup>PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 1139 del 22 de abril de 1955.

<sup>568</sup>CoIDH. *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004, num. 84 a).

<sup>569</sup>El artículo 121 de la Constitución Nacional estipulo que en caso de guerra exterior o de conmoción interior el Presidente podrá declarar turbado el orden publico y el estado de sitio en toda la republica, lo que le confiere además de las facultades legales tendrá las que la Constitución le confiere en tiempo de guerra y podrá expedir decretos que suspendan las Leyes que sean incompatibles con el estado de sitio, los cuales dejen de regir, cuando el gobierno declare el restablecimiento del orden publico, cuando haya terminado la conmoción interior.

<sup>570</sup>PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 3518 del 09 de noviembre de 1949, por el cual se declaró turbado el orden publico y en estado de sitio todo el territorio nacional.

<sup>571</sup>DECRETO LEGISLATIVO 0247 DE 1957. La junta militar del Gobierno de la Republica de Colombia, interpretando la opinión nacional, expresada en los acuerdos suscritos por los partidos políticos, decreto en el artículo 2 “En las elecciones populares que se efectúen para elegir corporaciones publicas hasta el año de 1968, inclusive, los puestos correspondientes a cada circunscripción electoral se adjudicaran por mitad a los partidos tradicionales, el conservador y el liberal.” El decreto legislativo 0251 de 1957 decreto “que la Corte Suprema de

Es así, como desde 1958 y hasta 1974, empieza el llamado Frente Nacional, que fue un acuerdo político entre los liberales y los conservadores para gobernar al país de manera alternativa durante los siguientes 16 años. El primer periodo de cuatro años correspondió al partido liberal, el segundo al conservador, el tercero al liberal y el último al conservador. Sin embargo, esto lo que hizo fue afianzar, aún más, la violencia que el país venía soportando.

Empiezan así, en la década de los años 60, diferentes movimientos guerrilleros, entre ellos las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–*, como reacción a la *Operación Marquetalia*, mediante la cual el Ejército colombiano arremetió con 16 mil hombres contra los grupos de autodefensas campesinas que, resistían a la expulsión de sus tierras en el sur del Tolima.

El 20 de julio de 1964 esas autodefensas armadas del sur del Tolima, junto con las del Huila, Cauca y Valle, lanzaron una proclama nacional para anunciar que constituían las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia y adoptaban un programa de siete puntos de reforma agraria por el cual se comprometían a luchar<sup>572</sup>.

Para comprender en las voces de las FARC su origen, cabe citar el siguiente documento expedido bajo el título 34º Aniversario de las FARC-EP:

*“Bajo el rugir de los aviones, las explosiones de las bombas y el tableteo de fúsiles y ametralladoras, con impresionante despliegue militar, se inició el 27 de mayo de 1964 la operación Marquetalia, para exterminar a 48 campesinos y sus familias, que bajo el mando del Comandante Guerrillero Manuel Marulanda Vélez, descuajaban montañas, fundaban fincas, las cultivaban y vendían sus productos en colectivo y se dieron formas y normas de convivencia en lo que el Estado colombiano, apoyado por el gobierno norteamericano, denominó inaceptables ‘repúblicas independientes dentro del mismo territorio colombiano’, y como un peligroso experimento socialista. Nadie en Marquetalia deseaba la confrontación militar. Fue el Estado colombiano bajo la presión gringa quien desató la guerra e impuso la confrontación armada sumiendo a nuestro país en un inmenso campo de dolor y muertes. Se quería la utilización de la vía menos dolorosa para impulsar los cambios, pero como somos revolucionarios que de una manera u otra tenemos que cumplir con nuestro deber, nos vimos en la obligación de empuñar las armas. De allí vienen las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo, FARC-EP, que hoy 27 de mayo*

---

Justicia y el Consejo de estado serán paritarios”. El acto legislativo No 01 de 1959 decretó que “En los tres periodos constitucionales comprendidos entre el 7 de agosto de 1962 y el 07 de agosto de 1974, el cargo del presidente de la republica será desempeñado alternativamente, por ciudadanos que pertenezcan a los dos partidos tradicionales, el conservador y el liberal; de tal manera que le presidente que se elija para uno cualquiera de esos periodos pertenezca al partido distinto del de su inmediato antecesor”.

<sup>572</sup> COLOMBIA NUNCA MÁS. “¿Terrorismo o Rebelión? Propuestas de regulación del Conflicto armado”. Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”. Bogotá, diciembre de 2001.

*cumplen 34 años de ininterrumpido accionar político-militar. Nada ha cambiado en Colombia que no sea para empeorar la situación. Las elecciones se han convertido en gigantescos carnavales del derroche de los dineros públicos, de inversión a corto plazo de capitalistas y terratenientes criollos, de las transnacionales y de los que imponen los candidatos y hasta presidentes como en el caso de Ernesto Samper Pizano. Todo lo que tocan lo corrompen, compran el voto y la conciencia; prometen toda clase de prebendas, reparten los puestos estatales, los créditos para la vivienda, los cupos universitarios y hasta dan medalla de 'oro' al municipio que mayor votación ponga, porque eso es su 'democracia'*"<sup>573</sup>.

El 7 de enero de 1965, un grupo de combatientes se tomaría la población santandereana de Simacota, y desde allí, anunciaba la constitución del *Ejército de Liberación Nacional* –ELN–. Nació del seno de las juventudes del *Movimiento Revolucionario Liberal* –MRL–, integrado por estudiantes que, inspirados en la Revolución Cubana, querían realizar una revolución similar. Muchos fueron estudiantes de la Universidad Nacional, donde Camilo Torres Restrepo fue capellán y quien fundó el Frente Unido, para llamar a la unidad de la izquierda y de los movimientos populares<sup>574</sup>.

Ya desde septiembre de 1964, un grupo disidente del partido comunista había iniciado un implante guerrillero en la zona del Alto Sinú y San Jorge, en el departamento de Córdoba, pero formalizaría su opción, mediante el "juramento de bandera", en febrero de 1967, constituyéndose como *Ejército Popular de Liberación* –EPL–.

Más adelante, en la década de los años setenta, otras organizaciones insurgentes se sumarían a las fuerzas rebeldes de esos años. El fraude consumado el 19 de abril de 1970 para desconocer la victoria electoral de la *Alianza Nacional Popular* –Anapo–, motivó a un grupo de profesionales, antiguos militantes comunistas y posteriormente militantes de Anapo, a crear el *Movimiento 19 de Abril* –M-19–. En enero de 1974, en Bogotá, un comando de este movimiento penetró en la casa-museo Quinta de Bolívar, y sustrajo la espada del Libertador Simón Bolívar. En el comunicado emitido en ese momento, afirmaban:

---

<sup>573</sup> COLOMBIA NUNCA MÁS. *¿Terrorismo o Rebelión?* Propuestas de regulación del Conflicto armado. Colectivo de Abogados Jose Alvear Restrepo. Bogotá, diciembre de 2001.

<sup>574</sup> COLOMBIA NUNCA MÁS *¿Terrorismo o Rebelión?* Propuestas de regulación del Conflicto armado. Colectivo de Abogados Jose Alvear Restrepo. Bogotá, diciembre de 2001. Su principal objetivo: "1. La toma del poder para las clases populares, la instauración de un gobierno democrático y popular, que libere a nuestro país de los monopolios internacionales y de la oligarquía criolla y que garantice la plena igualdad de nuestro pueblo, que otorgue plenas libertades democráticas a los sectores populares, que conceda a la mujer sus legítimos derechos, que libere las fuerzas creadoras de las masas, que garantice el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de los colombianos".



*“No hay dudas: Bolívar guerrillero y patriota; Bolívar pueblo; Bolívar nuestro, vuelve a quitarle el sueño al opresor; a despertar al oprimido. Su espada empezó ya los nuevos combates. Ahora se enfrenta al yanqui, al explotador, a quienes entregan nuestra patria al dolor, a quienes ahogan a nuestro pueblo en la miseria... El pueblo sabe que sin luchas y organización armada, Anapo no logrará el triunfo, por más grande que sea el número de votos dejados en las urnas”.*

En adelante, muchos otros grupos guerrilleros surgieron en las décadas de los años 70 y 80: En 1976 surgió otro movimiento armado, construido alrededor del ex combatiente brasileño, sobreviviente de un movimiento guerrillero carioca, Giomar O' Beale, que tomó el nombre de ‘Juan Manuel González Puentes’. Este grupo aglutinó a estudiantes y activistas populares y se llamó *Auto-Defensa Obrera –ADO–*.

La represión brutal que en los años setenta sufrían las comunidades indígenas del departamento del Cauca por parte de ejército y de los terratenientes, las llevó a conformar grupos de autodefensa indígena, que más tarde se convirtieron en una nueva organización guerrillera. En diciembre de 1984 se conformó el *Comando Quintín Lame* como grupo armado.

Posteriormente, se continua en el siglo XXI, con el conflicto armado entre el Ejército contra la guerrilla; los paramilitares contra guerrilla; la guerrilla contra guerrilla, sin contar con la economía del narcotráfico detrás de la guerra. Lo cierto es que el conflicto que se presenta entre estos grupos tienen unos beneficiarios directos que son los grandes grupos económicos nacionales y extranjeros y la clase política respaldada por las Fuerzas Militares.

### **3.2.2. Procesos de amnistía e indulto previos a la JTr.**

Para delimitar el contexto en el cual se expide la LJP es necesario recordar los diferentes procesos de amnistía e indulto que ha vivido nuestro país en torno al conflicto que no ha cesado, a pesar haberse realizado múltiples procesos de amnistía e indulto, por lo que considero necesario delimitar este ámbito jurídico, previo a la implementación de la JTr.

La amnistía según la Corte Constitucional<sup>575</sup>, es

*“La facultad para la concesión de amnistías reposa en el Congreso de la República pues se trata de una decisión que involucra una limitación a la aplicación de la Ley penal y por ello ninguna otra rama del poder público se halla habilitada para tomarla. Es una institución de carácter general en cuanto se refiere de manera impersonal a las conductas punibles que son objeto de amnistía y sólo procede por delitos políticos, quedando excluidos los delitos comunes. Finalmente, la amnistía extingue la acción penal pero la extinción de la acción civil queda supeditada a la decisión del legislador y de allí por qué el constituyente haya dispuesto que en caso que los favorecidos fueren*

---

<sup>575</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-695 de 2002.

*eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a indemnizar”.*

La amnistía se concede únicamente por delitos políticos que, según la legislación colombiana, son la rebelión, la sedición y la asonada, contenidos en el Título XVIII del Código Penal “De los Delitos Contra el Régimen Constitucional y Legal”, de acuerdo con la Ley 599 de 2000, artículos 467 a 473.

En relación con el indulto, indica la Corte:

*“La facultad para la concesión de indultos radica en el gobierno nacional pero debe ejercerse “con arreglo a la ley”. En estricto sentido es una institución de carácter particular que cobija a las personas que han sido condenadas por delitos políticos y no por delitos comunes. Finalmente, el indulto extingue la pena pero no las consecuencias civiles que respecto de particulares se infieran de la declaración de responsabilidad penal”.*

En Colombia se han decretado leyes de amnistía y decretos que conceden el indulto, pero al parecer no han sido los suficientemente contundentes para dirimir el conflicto armado. La razón principal de ello, es que la violencia y el conflicto armado en Colombia se han generado por las políticas del Estado para la protección de intereses políticos y económicos en detrimento del sector social y que, para mantener estos intereses, ha utilizado no solamente instrumentos normativos mediante la expedición de leyes arbitrarias e injustas, sino la utilización de la fuerza a través de los agentes del Estado de manera directa, de la coadyuvancia de la fuerza pública con grupos de autodefensas y la consolidación de los grupos de autodefensas con los grupos económicos y la clase política, lo que impidió un verdadero proceso de paz.

Esto se pudo vislumbrar desde el mismo asesinato del llamado caudillo del pueblo, *Jorge Eliecer Gaitán*, en 1948, que fortaleció el incremento de la violencia de Estado, cuyo factor determinante ha sido desde entonces el *terrorismo de Estado*<sup>576</sup>, frente al cual surgen y se consolidan las guerrillas campesinas.<sup>577</sup>

---

<sup>576</sup> COLOMBIA NUNCA MAS. “¿Terrorismo o Rebelión?. Amnistía e indulto para los opositores políticos”. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap5.html>-

<sup>577</sup> SANCHEZ, G. / MEERTENS, D. *Bandoleros, gamonales y campesinos. El caso de la violencia en Colombia*, Ed. Ancora editores, Bogotá, 2000, p. 40. "la ruptura entre guerrilleros, quienes comienzan a manejar criterios de autonomía e independencia política y se dan formas de autogobierno y legislación propia, frente a los hacendados liberales en los Llanos y el pacto de estos últimos y el ejército contra los campesinos en armas, pacto mediante el cual por primera vez se califica de 'bandoleros' a los rebeldes, desde las filas de su propio partido (declaración de Sogamoso, 1952); segundo, la materialización de un proyecto de coordinación nacional de los principales frentes de resistencia armada en la que se denominó 'Primera Conferencia Nacional del Movimiento Popular de

El 21 de agosto de 1953, mediante el Decreto 2184, se concede la amnistía general a todos los miembros de las *Fuerzas Armadas de Colombia* –FAC– en relación con los crímenes contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado y los delitos conexos que se hubieren cometido en virtud de los primeros. Esta medida se implementó para que los crímenes cometidos por las Fuerzas Armadas del Estado que participaron en el frustrado golpe de 1944 contra el presidente López Pumarejo, quedaran en la impunidad. Es la amnistía que concede el Estado para los crímenes cometidos por el mismo Estado. Es una *autoamnistía*.

El 08 de julio de 1954, mediante las Leyes 1823 y 2062, se concedió amnistía e indulto para los delitos políticos cometidos con anterioridad al 1 de enero de 1954, entendiéndose por delito político “todos aquellos cometidos por nacionales colombianos cuyo móvil haya sido el ataque al gobierno, o que pueda explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismos políticos<sup>578</sup>”. Se concede la amnistía para desmovilizar a las guerrillas liberales que resistieron las agresiones del sistema y a quienes defendieron la política de violencia del Estado: la *policía chulavita* y los ‘pájaros’, o grupo armado ilegal conservador, responsables de los crímenes de lesa humanidad contra el pueblo.

El 28 de noviembre de 1958, mediante Decreto 328, se decretó una semiamnistía e indulto en algunos departamentos por delitos que hubieran tenido lugar por causa el ataque o defensa del gobierno o de las autoridades, la animadversión política y la violencia partidaria por la pugna de partidos.

Estos procesos de amnistía cobraron cerca de 16 mil víctimas y muchos de los amnistiados fueron masacrados, como el líder Guadalupe Salcedo, asesinado en 1957. Los opositores fueron perseguidos y muchos guerrilleros desmovilizados fueron utilizados y remunerados por el Estado, como José Alvear Restrepo. Las bandas de ‘pájaros’ y sicarios que trabajaron para el gobierno fueron también perseguidos y asesinados, como ocurrió con ‘Sangre negra’, ‘Charro negro’ y ‘Efraín González’, entre muchos otros<sup>579</sup>. De acuerdo con este informe de verdad abierta, este proceso de limpieza permitió la consolidación de los terratenientes de los

---

Liberación Nacional', realizada en agosto de 1952 (Conferencia de Boyacá), de la cual surgió una 'Comisión Nacional Coordinadora', integrada mayoritariamente por miembros de la pequeña burguesía urbana; y tercero, el cambio en la correlación de fuerzas que se produce a comienzos de 1953, cuando el movimiento guerrillero, por lo menos en los Llanos, pasa a la ofensiva en el plano militar. Estos procesos eran, naturalmente, muy embrionarios todavía, anunciaban una mera posibilidad, pero una amenazante posibilidad”.

<sup>578</sup>PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 1823 de 1954, art. 1.

<sup>579</sup> COLOMBIA NUNCA MÁS. “¿Terrorismo o Rebelión?...”

partidos políticos, la concesión de territorios para explotación minera y petrolera como a la *Texas Petroleum Company*, en el Magdalena Medio.

Las protestas sociales y populares que se empezaron a presentar por parte de estudiantes, sindicalistas de 1966, 1967 y 1971, terminaron también en amnistía e indulto para los estudiantes y los sindicalistas mediante decretos 2090 del 15 de noviembre de 1967 para los estudiantes y la condonación de penas para los sindicalistas.

El Estatuto de Seguridad expedido por el entonces presidente Turbay Ayala, que autorizó la represión generalizada y la práctica de métodos para exterminar la guerrilla urbana mediante torturas y tratos crueles e inhumanos, conllevó a que los movimientos insurgentes avanzaran rápidamente. El Movimiento 19 de abril –M-19– tuvo gran acogida entre la población; este finalmente se acogió a la amnistía en 1982.

La Ley 37, expedida el 23 de marzo de 1981, concedió la amnistía a los colombianos, autores o partícipes de hechos que constituyeran rebelión, sedición o asonada, y delitos conexos con los anteriores, excluyendo el secuestro, la extorsión, el homicidio cometido fuera de combate, el incendio, el envenenamiento de fuentes o depósitos de agua y, en general, los actos de ferocidad o barbarie, cometidos antes de su entrada en vigencia y por un término de cuatro meses después de dicha entrada en vigencia, aclarando que quienes se encontraran detenidos o condenados por los delitos objeto de la ley, podrían solicitar la amnistía.

El decreto 474 de 1982, expedido el 19 de febrero, por el cual se dictaron medidas tendientes al restablecimiento del orden público interno, y para buscar la completa pacificación de las regiones del país que habían sido afectadas por la acción de agrupaciones contrarias al orden jurídico de la Nación, concedió un término de dos meses para que estas agrupaciones manifestaran expresamente que estaban dispuestas a acogerse a los beneficios de la ley, cesando hostilidades y entregando las armas, para así declarar extinguida la acción penal.

La Ley 35 de 19 de noviembre de 1982 concedió amnistía general a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de su vigencia, por los delitos políticos tipificados en el Código Penal como rebelión, sedición o asonada y los conexos con ellos, por haber sido cometidos para facilitarlos, procurarlos, consumarlos u ocultarlos, exceptuando los homicidios fuera de combate, si fueron cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación; y se reconoció un cambio en el tratamiento a los opositores políticos terminando con

los *Consejos Verbales de Guerra*, a que eran sometidos los guerrilleros capturados que eran procesado y condenados por los Jueces Militares.

Si bien salieron en libertad la mayoría de presos políticos, y los guerrilleros del M-19 que se habían tomado la embajada de Republica Dominicana para exigir la libertad de los presos políticos, la amnistía no estableció políticas económicas y sociales que facilitaran un proceso de paz.

La Ley 49 del 4 de junio de 1985 .El Gobierno decretó medidas tendientes al restablecimiento del orden público. Declaró extinguida la acción penal y la pena para los delitos políticos y conexos, quedando excluidos los delitos de homicidio fuera de combate si se hubiese cometido con sevicia o en estado de indefensión, secuestro, extorsión y estupefacientes (decreto 1188 de 1974). Con esta ley se van cerrando los delitos excluidos de los beneficios políticos.

Mientras tanto, el Estado mantenía la guerra con los grupos insurgentes y empezaban a emerger nuevos grupos de autodefensas que buscaban exterminar a la guerrilla. Aunado a esto, se incrementó del narcotráfico y las condiciones sociales de la mayoría de la población se volvieron más precarias. El gobierno de turno propuso, entonces, el inicio de un proceso de negociación.

La Ley 77 del 22 de diciembre de 1989 facultó al presidente de la República para conceder indultos a los nacionales colombianos de acuerdo con las siguientes reglas:

- 1) el indulto beneficiará a los nacionales colombianos, autores o cómplices de hechos constitutivos de delitos políticos, cometidos antes del 22 de diciembre de 1989, entendiéndose como tales la rebelión, la sedición y la asonada y los conexos a estos.

- 2) Se concederá cuando a juicio del Gobierno Nacional la organización rebelde de la cual formen parte quienes lo soliciten, haya demostrado inequívocamente su voluntad de reincorporarse a la vida civil, lo cual implica, la dejación de las armas.

- 3) El indulto no se aplicará a los homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o colocando a la víctima en estado de indefensión, ni a los actos de ferocidad o barbarie y tampoco a quienes formen parte de organizaciones terrorista; y

- 4) Se concederá el indulto mediante cesación de procedimiento a quienes estén siendo procesados por estos delitos, por decisión inhibitoria a quienes se les vaya a iniciar procesos en virtud de esta ley y la libertad a quienes estuvieran privados de la libertad por razón de estos

delitos.

El gobierno expidió el Decreto 206 del 09 de marzo de 1990, que plasmó el acuerdo de paz firmado por el Gobierno Nacional y el Movimiento 19 de abril, que estableció medidas tendientes al restablecimiento del orden público; el Decreto 213 del 22 de enero de 1991 incluyó la extinción de la pena y de la acción penal por delitos políticos y conexos y delimitó los acuerdos de paz firmados entre el Gobierno Nacional en 1991: con el Partido Revolucionario de los Trabajadores –PRT– (25 de enero), con el Ejército Popular de Liberación –EPL– (15 de febrero) y con el Movimiento Armado Quintín Lame –MAQL– (27 de mayo).

Con fundamento en esta norma, se reinsertan a la vida social los miembros de Movimiento M-19. Sin embargo, el 26 de abril de 1990 es asesinado el líder reinsertado de este grupo insurgente, Carlos Pizarro León Gómez.

Con base en esta normativa, también se reinsertan a la vida civil el Ejército Popular de Liberación –EPL–, y en cambio surge el movimiento político Esperanza, Paz y Libertad.

De acuerdo con información suministrada en el Plan Nacional de Rehabilitación<sup>580</sup>, la población desmovilizada entre 1990 y 1993 fue de 3.287, de los cuales había 2000 desmovilizados del EPL, 900 del M-19, 200 del PRT, 157 del MAQL, 25 del CER (Comandos Ernesto Rojas), y 5 de otras organizaciones.

En virtud del Decreto 1943 de 1991, el gobierno tiene facultades para conceder los beneficios de indulto o amnistía a los nacionales colombianos que hubieren sido o sean condenados mediante sentencia ejecutoriada, o que hayan sido o fueren denunciados o procesados, por delitos o hechos constitutivos de los delitos de rebelión, sedición, asonada, conspiración y los conexos con estos, cometidos con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política, cuando a su juicio el grupo guerrillero del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

Mediante la Ley 104 de 1993, el Congreso de la República consagró instrumentos para la búsqueda de la convivencia y la eficacia de la justicia; estableció las causales de extinción de la acción penal y de la pena en caso de delitos políticos y conexos; incorporó los acuerdos de paz firmados en 1994 entre el Gobierno Nacional y los grupos insurgentes CRS (9 de abril),

---

<sup>580</sup> PLAN NACIONAL DE REHABILITACIÓN (PNR), El programa de reinserción en Colombia 1990-1994, Balance de un proceso, Bogotá, 1994.

Milicias Urbanas de Medellín (26 de mayo) y el Frente Francisco Garnica de la Coordinadora Guerrillera (30 de junio).

En la Ley 241 de 1995, El Congreso de la República prorrogó, modificó y adicionó la Ley 104 de 1993. Abrió la posibilidad de otorgar beneficios jurídicos a los grupos de autodefensa previo abandono voluntario de la organización y la entrega a las autoridades.

La Ley 418 de 1997, en su artículo 131 deroga la Ley 241 de 1995, y prorroga la vigencia, adiciona y modifica la Ley 104 de 1993; e incorpora el Acuerdo de Paz firmado entre el Gobierno Nacional y el MIR-COAR (29 de julio de 1998), al amparo de los Decretos 1247 de 1997 y 2087 de 1998.

Esta ley consideró que los representantes autorizados por el Gobierno Nacional podrían realizar los actos tendientes a entablar conversaciones y diálogos con las organizaciones armadas al margen de la ley a las cuales el Gobierno Nacional les reconozca carácter político. Del mismo modo, podrían adelantar diálogos, negociaciones y firmar acuerdos con sus voceros o representantes, a los cuales el Gobierno Nacional les reconociera carácter político, dirigidos a obtener soluciones al conflicto armado, la efectiva aplicación del DIH, el respeto a los DH, el cese o disminución de la intensidad de las hostilidades, la reincorporación a la vida civil de los miembros de estas organizaciones y la creación de condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo. Para facilitar estos diálogos se suspenderían las órdenes de captura.

Esta normativa se haría extensiva a los grupos de autodefensas, ya que los representantes autorizados por el Gobierno podrían realizar actos tendientes a entablar contactos con las llamadas autodefensas y celebrar acuerdos con ellas, con el fin de lograr su sometimiento a la ley y su reincorporación a la vida civil.

Por primera vez se establece la atención a víctimas del conflicto armado para que reciban asistencia humanitaria.

La Ley 548 de 1999 prorrogó la Ley 418 por tres años más.

La Ley 782 de 2002 prorrogó nuevamente la Ley 418 de 1997. Modificó el artículo 50 en cuanto que el Gobierno podría conceder el beneficio de indulto a quienes hubieren sido condenados por hechos constitutivos del delito político, cuando el grupo armado con el que se adelantara un proceso de paz hubiera demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil. También se concedería a los miembros de estos grupos de manera individual que abandonaran

sus actividades y demostraran su voluntad de reincorporarse a la vida civil, caso en el cual el Comité Operativo para la dejación de la Armas – CODA-<sup>581</sup>.

Se aplicaría también la cesación de procedimiento, preclusión o resolución inhibitoria por estos delitos a los desmovilizados que confesaran, a quienes se les concedería la libertad.

Recordemos que en este momento, en virtud de la decisión de la Corte Constitucional, el delito político no incluía la conexidad de los mismos, sino solamente rebelión, sedición y asonada.

El decreto 128 de 2003, modificó la Ley 418 y amplió la cobertura del delito político a los miembros de los grupos de autodefensas, cuando estipuló, en el artículo 2, que desmovilizado es “Aquel que por decisión individual abandone voluntariamente sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entregue a las autoridades de la República”.

Estas normas precedieron la expedición de la LJP. Sin embargo, hacer esta revisión de manera aislada no nos ayuda a dilucidar el contexto en las que fueron expedidas y no nos permiten indagar sobre las razones de carácter histórico, económico y político que rodearon su expedición y aplicación, porque es muy importante dilucidar en este momento las causas que han impedido que todos estos instrumentos jurídicos no hayan permitido un real avance hacia la paz y la terminación del conflicto, y es aquí donde abordaremos el contexto de estos intentos por la paz.

Surge la pregunta obligada en este escenario:

¿Por qué estos intentos de paz no culminaron con el conflicto armado?

¿Si los procesos anteriores, con el otorgamiento de amnistías e indultos a los miembros de los grupos insurgentes, no fueron eficaces para el logro de la paz, qué nos hace pensar que con la JTr, la imposición de sanciones penales y el resarcimiento a las víctimas, sí se pueda hacer?

Para indagar sobre posibles respuestas, hemos de decir que el Estado, tal como lo hemos presentado, ha realizado, en diferentes épocas, intentos de solucionar el conflicto y cesar la guerra. Inicialmente, concedió las amnistías e indultos en virtud del delito político que cobijaba a los miembros de los grupos insurgentes, incorporando los delitos conexos, con excepción de los actos crueles y de barbarie.



Posteriormente, con la Sentencia 456 de 1997 de la Corte Constitucional, se declaró la inconstitucionalidad de los delitos conexos al delito político, prácticamente desconociendo el delito político y disminuyéndolo a una categoría igual a la de los delitos comunes.

Las Leyes como la 418 o la 782, realmente no constituyen leyes de indulto o amnistía, porque buscaban la desmovilización de los miembros de la subversión, inicialmente, y de los miembros de las autodefensas, a partir de la confesión; lo que básicamente constituye un beneficio a cambio de la confesión, como parte de la política de delación del Estado, que también se da en los delitos comunes, como por ejemplo, la rebaja por confesión y la política de sometimiento a la justicia en toda clase de delitos, haciendo mínima la diferencia con el delito político, especialmente al hacer sendos intentos de conceder beneficios por el delito político a los miembros de las autodefensas, lográndose finalmente con la LJP darles el mismo tratamiento.

Las amnistías e indultos en las últimas décadas han sido una constante para la ‘resolución’ del conflicto armado como mecanismo jurídico y político de manera parcial, y como se puede constatar con lo planteado en las diferentes leyes, se ha dado una importancia significativa al delito político como fuente de las mismas, buscando la dejación o entrega de armas, el reconocimiento de los grupos insurgentes en algunos casos y la reinserción a la vida civil de sus integrantes; generándose, en la mayoría de los casos, la persecución, desaparición y asesinato de muchos de los desmovilizados en virtud de estos procesos.

Tal como nos demuestra la historia, sin voluntad para hacer la paz por parte de todos los actores del conflicto armado, la sociedad civil, los grupos económicos, los partidos políticos, es prácticamente una quimera pensar en un proceso de paz verdadero. A mi modo de ver, la JTr no configura una política de amnistía o indulto y tampoco un mecanismo jurídico que busque la terminación de la guerra; más bien, como lo he mencionado en otros apartes, corresponde a una política penal de delación a cambio de unos beneficios que concluyen con la pena alternativa.

La razones por la cuales considero que es importante presentar este tema sobre la normatividad y hechos más importantes que rodearon los indultos y amnistías, es para dilucidar tres aspectos:

El *primero*, hace referencia a que las leyes de indulto o amnistías, como se ha podido evidenciar, no han permitido el avance hacia la paz porque el Estado y su clase política, así como las fuerzas militares, los grupos económicos y las multinacionales, tienen intereses

diferentes al logro de la paz, que necesariamente requiere de reformas económicas y sociales de fondo que estos autores de la guerra no están dispuestos a negociar.

El *segundo*, para mostrar que el contexto del conflicto armado que se está dilucidando en la construcción de los patrones de macrocriminalidad en crímenes contra la humanidad en la LJP, esta parcializado:

- Porque la verdad, la justicia, la reparación a las víctimas y la garantía de no repetición, no incluye a todos y cada uno de los autores que han generado y promovido la violencia en Colombia, sino únicamente a los integrantes de los grupos subversivos y solamente a uno de los ejecutores de la política de exterminio del Estado como son los Grupos de autodefensas.
- Porque, la política de priorización dentro del modelo de investigación de macrocriminalidad dirigida a los máximos responsables en el marco de la LJP, no es plausible, porque, son precisamente los máximos responsables de estos crímenes y sus autores mediatos, los que no hacen parte del proceso de justicia y paz.
- Porque, en consecuencia, el contexto histórico y político que se está presentado en los procesos de justicia y paz no se corresponden en gran parte con la realidad sino que obedecen, de manera parcializada a informes institucionales sobre los hechos y a los intereses de los postulados y aun de las mismas víctimas.

Llama también mucho la atención que, en el trasegar normativo de los indultos y las amnistías, se haya denigrado el carácter del delito político, hasta el punto que realmente no tiene ningún impacto en la LJP, tal como se explicó en el acápite correspondiente, y que, precisamente por esa razón, la JTr, en la forma como esta implementada, lastimosamente, no sea el instrumento jurídico para la paz que tanto se necesita.

*Tercero*, para analizar, hasta qué punto, podrá, no lograrse una amnistía, sino la paz estable y duradera que se está negociando en la mesa de conversaciones de la Habana, cuando los procesos de amnistía que ha adelantado el gobierno no han logrado acabar la guerra. El sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición que se busca con la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz, no es suficiente para alcanzar este objetivo, porque no hay reformas estructurales de fondo que lo permitan.

La amnistía que se contempla en este escenario es solamente una parte mínima, pues quedo claro que los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra, la tortura, las desapariciones, entre otros, no podrán ser objeto de amnistías; pero lo que no ha quedado claro., es cuáles serán

los delitos conexos al delito político que según lo planteado en el acuerdo, serán objeto de amnistía.

En relación con el análisis previo a la expedición de la LJP, desde el punto de vista jurídico, inicialmente se concibió el proyecto de ley<sup>582</sup> *“para el sometimiento de los grupos paramilitares que adelanten diálogos con el Gobierno”*.

Se planteó en la exposición de motivos los principios de verdad, justicia y reparación a las víctimas de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra realizados por los grupos de autodefensas, Autodefensas Unidas de Colombia –AUC– y la necesidad de que el Estado previniera hechos de esta naturaleza y fueran conocidos por todos para el registro de la memoria histórica sobre hechos que no se conocían pero que habían causado un impacto nefasto en gran parte de la población, generando desplazamiento de gran parte de la población, especialmente del sector rural, de los grupos afro descendientes, de los grupos indígenas y en general, de gran parte de la población que ha emigrado a las grandes ciudades.

En la exposición de motivos se dijo que los criterios que sustentaban la puesta en marcha de estos principios eran:

1. Que la conciencia moral y ética de la Nación requiere el esclarecimiento de la verdad sobre las grandes violaciones de los DH, crímenes de guerra y de lesa humanidad cometidos entre 1945 y 2004<sup>583</sup>.

2. Que en los últimos 20 años el fenómeno del paramilitarismo ha generado grandes daños, creando una para institucionalidad y para legislación sobre la realización de crímenes de guerra y de lesa humanidad, desde la expedición misma del decreto 3398 de 1965 y la Ley 48 de 1966, creando legalmente organizaciones de autodefensas

*“que se especializaron en el asesinato de opositores políticos y en el exterminio de sus organizaciones sociales, avanzando en la conformación de ejércitos financiados con recursos del narcotráfico al amparo del Estado, cometiendo genocidios y obteniendo un fuerte dominio político y económico regional que se extiende por todo el país”*.

---

<sup>582</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Proyecto de Ley 180 de 2004, “por la cual se dictan normas sobre Verdad, Justicia, Reparación, Prevención, Publicidad y Memoria para el sometimiento de los grupos paramilitares que adelanten diálogos con el Gobierno”.

<sup>583</sup>GACETA DEL CONGRESO 796. Exposición de motivos. Jueves 9 de diciembre de 2004, p. 6.

3. Que solo sobre la base de la verdad de la comisión de estos crímenes por partes de agentes del estado, particulares financiadores, planificadores, organizadores, entre otros, se podría lograr la reconciliación.

4. Que solo sobre el conocimiento de la verdad lograra dignificarse a las víctimas y reconocerles sus derechos sociales, económicos y colectivos; que las tierras, los territorios ancestrales y demás bienes que los grupos paramilitares sustrajeron deben ser devueltos.

5. Que la conformación de una comisión de esclarecimiento de la verdad permitirá a la opinión nacional e internacional formarse un conocimiento racional de lo ocurrido y le facilitara su tarea al Tribunal Penal para Justicia y la Verdad.

6. Que el juzgamiento de cada caso particular para establecer la verdad, estará a cargo de un Tribunal penal para la verdad, la justicia y la reparación; y propone el esclarecimiento de los crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos por el paramilitarismo y una comisión de la verdad.

El 23 de octubre de 2003, el Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley Estatutaria número 85 Senado<sup>584</sup>, en procura de la reincorporación de miembros de grupos armados que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional, conocido como Ley de alternatividad penal.

Después de haber sido devuelto para revisión, se consideró que

*“El objetivo central de este proyecto es el de promover la reconciliación nacional y el Estado de Derecho, mediante la creación de un marco jurídico que permita el desmonte efectivo de los grupos armados al margen de la ley que tengan voluntad de paz”.*

Se planteó que no se busca solamente solucionar problemas jurídicos para estos grupos y definir una pena para estos crímenes, sino el desmonte efectivo de las organizaciones criminales que busquen dejar las armas, para lo cual se plantea la pena alternativa no mayor de 8 años de prisión y al mismo tiempo establecer mecanismos de reconstrucción de la verdad y reparación a las víctimas, acorde con la normativa internacional y los tratados suscritos y ratificados por Colombia.

---

<sup>584</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Proyecto de Ley No 208 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional”.

Se pudo constatar un cambio en las dos propuestas, pues la primera alude específicamente a los grupos de autodefensa o grupos paramilitares; en la segunda, se hace referencia a los grupos al margen de la ley. Este es un cambio estructural porque hay diferencia entre los grupos organizados de autodefensa y los grupos subversivos. Los primeros hacen referencia a grupos armados coadyuvados y apoyados por el mismo Estado y los segundos son grupos beligerantes que luchan contra el régimen constitucional y legal incursos en el delito de rebelión.

Se planteó entonces la necesidad de buscar fórmulas sustantivas que conciliaran las exigencias de paz con los principios de verdad, justicia y reparación que permitieran avanzar hacia la paz y se consideró que

*“los estándares mínimos que resultan necesarios para satisfacer las obligaciones de Colombia en procesos de justicia transicional, se encuentran en los siguientes instrumentos y pronunciamientos de órganos nacionales e internacionales: • Tratados y Convenciones de DH del orden regional, ratificados por Colombia, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. • Las sentencias de la CoIDH, en particular las sentencias en los casos Velásquez Rodríguez, Bámaca Velásquez, Barrios Altos, Mirna Mach Chang y 19 comerciantes. • Informes y Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En particular deben tenerse en cuenta los informes 01-93; 21-00; 25-98; 26-92; 28-92; 29-92; 34-96; 36-96; 01-99; 37-00. • Derecho penal Internacional”.*

Se consideró muy importante el Estatuto de Roma, creado por la CPI<sup>585</sup> y la jurisprudencia de las decisiones de Tribunales penales internacionales, especialmente la del Tribunal de la Antigua Yugoslavia, en la cual se admite la reducción de la pena a una persona juzgada por los más graves crímenes a cambio de una confesión completa y fidedigna, colaboración con la justicia y reparación a las víctimas, atendiendo las obligaciones contraídas por Colombia en estos tratados.

En términos generales, en este proyecto se señaló que el objetivo para la expedición de la ley es la definición de un marco jurídico claro que regule la investigación, juzgamiento, sanción y beneficios de los miembros de grupos armados ilegales que tengan voluntad de paz, así como el marco jurídico para el desarrollo de los derechos de verdad, justicia y reparación. No se estableció una distinción para el delito político, excepto la consagrada en el artículo 71, que lo

---

<sup>585</sup> La CPI solamente tiene competencia para crímenes de guerra en Colombia desde al año 2009 en virtud de la clausula condicionada con la cual Colombia suscribió el tratado, esto es, que para los crímenes de guerra la Corte tendría competencia siete años después de suscrito y ratificado el tratado.

consideró también para los grupos de autodefensas, pero que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional<sup>586</sup>.

Por último, es importante recalcar que la Corte Constitucional colombiana<sup>587</sup>, en el fallo sobre control previo para la aprobación del Estatuto de Roma consideró que:

*“la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de diferentes maneras en varias disposiciones. Por ejemplo, en el Preámbulo la paz figura como un fin que orientó al constituyente en la elaboración de toda la Constitución. En el artículo 2 dicho propósito nacional cardinal se concreta en un fin esencial del Estado consistente en “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Además, el artículo 22 va más lejos al establecer que “la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Dentro de los múltiples instrumentos para facilitar el logro de la paz, la Constitución reguló procedimientos de resolución institucional de los conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como la acción de tutela (artículo 86. Constitución Política). Además, sin circunscribirse a un proceso de paz, la Constitución permite que “por graves motivos de conveniencia pública” se concedan amnistías o indultos por delitos políticos y estableció requisitos claros para que ello se ajuste a la Carta, dentro de los cuales se destacan que (i) el órgano que los concede sea el Congreso de la República donde concurren las diversas fuerzas políticas que representan a la Nación, (ii) que la decisión correspondiente sea adoptada por una mayoría calificada de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara, (iii) que los delitos objeto de estos beneficios pertenezcan a la categoría de “delitos políticos” y (iv) que en caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, “el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar” (artículo 150, numeral 17, CP). Además, corresponde al gobierno en relación con la rama judicial conceder los indultos por delitos políticos, con arreglo a la Ley e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad” (art. 201, num. 2, CP).*

Esto significa que la Corte Constitucional dejó la puerta abierta para otorgar amnistías e indultos, aún sin un proceso de paz, siempre y cuando se trate de delitos políticos y consideró que el Estatuto de Roma no busca restringir las potestades de los Estados ejercidas con el propósito de alcanzar los mismos fines del Estatuto<sup>588</sup>.

---

<sup>586</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-370 de 2006. Declaró inexecutable el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 por vicios de procedimiento en su formación, pero no por razones de fondo.

<sup>587</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 578 de 2002.

<sup>588</sup> Este principio general se concreta respecto de las penas en el artículo 80 del Estatuto que dice:

Artículo 80. El Estatuto, la aplicación de penas por los países y la legislación nacional. Nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.

Considera la Corte que “las amnistías dictadas con el fin de consolidar la paz han sido consideradas como instrumentos compatibles con el respeto al DIH”, de acuerdo con el artículo 6.5 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949<sup>589</sup>.

### **3.2.3. Actores y autores del conflicto armado y su rol en la JTr.**

Se ha dicho de manera reiterada, y desde hace varias décadas, que el conflicto armado en Colombia está circunscrito a la guerra librada entre la insurgencia y las fuerzas militares que protegen la institucionalidad. La clase política y económica que, a través de los medios de comunicación, han jugado un papel fundamental en distorsionar las verdaderas razones de la guerra en Colombia, han dicho que se trata de la defensa del Estado frente a los grupos subversivos, hoy llamados *terroristas*, y han enviado el mensaje de que para enfrentarla es necesario tener ‘*mano dura contra el terrorismo*’, especialmente durante la última década<sup>590</sup>, con el programa de gobierno ‘*Seguridad democrática*’<sup>591</sup>

Sin embargo, a lo largo de estos años, hemos vivido una guerra que no ha sido cuantificada. No se sabe cuántas personas han sido víctimas de homicidios, desapariciones, torturas, desplazamiento, reclutamiento, violaciones y demás actos de barbarie que desbordan el sentido de humanidad, y no propiamente por virtud del enfrentamiento entre la insurgencia y las Fuerzas Militares; esta es solamente la punta del *iceberg*.

La verdadera razón del conflicto que se camufla en los enfrentamientos entre la insurgencia y las Fuerzas Militares, es la clase económica y política del país, que desde siempre se ha camuflado en la guerra contra la subversión, para que no se perciban las verdaderas razones

---

<sup>589</sup> “Artículo 6. Diligencias Penales”.

“5. A la cesación de hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado”.

<sup>590</sup>Periodo presidencial de Álvaro Uribe Vélez, 2002- 2010.

<sup>591</sup>“Nosotros defendimos la seguridad como un valor democrático en sí mismo, como requisito cardinal para la vigencia real de las libertades y derechos, como una fuente de recursos y como un derecho humano al que todos los ciudadanos deben tener acceso en igualdad de condiciones”. “... Nosotros expresamos que la Seguridad Democrática no era un fin en sí mismo, sino un medio para que las nuevas generaciones de colombianos vivieran en paz”. “Colombia tiene que derrotar el terrorismo y estabilizar la seguridad. Para ello estuvimos dispuestos a agotar todas las vías necesarias: la vía de la derrota militar, la vía de la negociación. A lo único que no estuvimos dispuestos, fue a permitir que el terrorismo hiciera de las suyas en nuestro país.”... “El reto de las democracias del mundo hoy, es la derrota del enemigo de la sociedad que es el terrorismo y la criminalidad organizada, cualquiera sea su ropaje ideológico. Colombia así lo ha entendido y por eso hizo de la seguridad una prioridad de la vida nacional”. Disponible en: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es/content/seguridad-democratica>.

del conflicto armado en Colombia, que son la salvaguarda de los intereses políticos y económicos de la clase dominante de este país y la corrupción de los dirigentes del Estado, generándose una cultura de deshonestidad y corrupción, contenidas en el mismo ordenamiento jurídico, que promueven la guerra, en detrimento de la carencia de una estructura económica y social un poco más equitativa, ya que la guerra hace parte de una política de Estado para mantener la clase económicamente más favorecida.

DE SOUSA<sup>592</sup> afirma que nunca como hoy han estado tan articuladas las ideas de autonomía individual y crecimiento infinito como principios del desarrollo capitalista y que en esta articulación reside el alma del neoliberalismo que refuerza las relaciones de poder dominante. Esta idea de autonomía en donde la vida individual y social se negocian, vende la idea de que la sociedad está compuesta por individuos autónomos para elegir dentro del mercado planetario, pero su única opción es no salirse de él, porque se le pide a la gente que sea autónoma – *normativismo* – para luego dejarla en el mayor desamparo y pobreza y ver sus fracasos como resultado de su ineptitud en el ejercicio de su “autonomía”. *“El ser social o incluso antisocial que emerge de esta ideología es el homo sociologicus del capitalismo monopolista global al que se le suele llamar neoliberalismo”*.

Surge entonces la pregunta: ¿si esta situación es a nivel de la economía global, cómo es que en Colombia estas desigualdades se expresan en la guerra? La respuesta es que la insurgencia, subversión, guerrilla y hoy ‘terroristas’, son la mejor excusa para justificar esta política económica de desamparo, para justificar una ‘política de seguridad de defensa del Estado’ frente a este ‘enemigo’, y para justificar la aplicación de un Derecho penal máximo, amparado en el sofisma del ‘peligro social’, cuando en realidad es el peligro a los intereses de la clase económica y política de este país y de las multinacionales.

Bajo este escenario, difiero con algunas posturas que afirman que el conflicto armado es producto de la guerra entre la fuerza pública y los ‘terroristas’ de las FARC. Considero que los actores del conflicto armado en Colombia están representados por gran parte de la clase política y económica apoyada por las fuerzas militares y los grupos de autodefensas, que enfrentan la subversión como una forma de comodín para desviar la atención sobre los problemas estructurales que sufre Colombia, y cuyo eje son los intereses económicos aunados a la corrupción.

---

<sup>592</sup> DE SOUSA SANTOS. *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, Colección de Justicia, 2014, p. 17.



En este orden de ideas, tenemos que los diferentes actores que hacen parte del llamado conflicto armado se pueden configurar en un refrán que hace parte del argot popular “no son todos los que están; ni están todos los que son” en el ámbito de la LJP.

Solo una pequeña parte de los que se enfrentan bélicamente han sido cobijados por esta ley, es decir, los miembros de los grupos subversivos y los integrantes de las autodefensas. Las fuerzas militares o los dirigentes políticos o de gremios económicos no están dentro del ámbito de esta ley porque, de ser así, el Estado tendría que reconocer su participación en los crímenes cometidos.

A continuación, abordaremos el tema de los actores del conflicto que hacen parte o fueron incorporados como tales en la LJP, esto es, “los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley que se desmovilicen de manera individual o colectiva”, y abordaremos también el papel de las fuerzas militares en el conflicto, como el *enemigo natural* de la subversión.

Previamente aclaramos que los actores del conflicto armado, entendidos como las fuerzas militares representando al Estado por un lado y los grupos insurgentes por el otro, son los actores directos del conflicto. Encontramos entonces, que los actores de la guerra en Colombia están representados por una parte, por los grupos económicos, la clase política, las fuerzas militares y los grupos de autodefensas que coadyuvaron en la realización de la guerra para mantener las instituciones; y por la otra, todos los grupos insurgentes que se crearon con el fin de derrocar el régimen constitucional y legal.

En este escenario, los grupos organizados al margen de la ley para quienes se diseñó la LJP, son la insurgencia y los grupos de autodefensas, con lo cual es imposible que se cumpla el objetivo de la ley, que es el tránsito de un estadio de guerra a un estadio de paz, debido a que el actor principal, con todo su aparato, a pesar de haber cometido graves crímenes contra la humanidad, no hace parte de ella.

### ***La insurgencia***

Afirma Pizarro León Gómez, que “*La guerrilla colombiana tiene una particularidad con respecto al resto de América Latina: la emergencia temprana de este actor político, con amplia antelación a la revolución cubana*”<sup>593</sup>, ya que a finales de 1949 nacen los primeros núcleos de

---

<sup>593</sup> PIZARRO GOMEZ. La Insurgencia Armada: Raíces y Perspectivas. Del libro Pasado y Presente de la Violencia En Colombia. 2ª ed. 1995, p. 387 y ss.

autodefensas campesinas con el objeto de enfrentar a la violencia oficial, conformados por las guerrillas liberales y algunos reductos comunistas, los cuales se reactivaron tras la ocupación militar de Villarrica<sup>594</sup>, en 1955.

El 4 de abril de 1955 se inician en forma los operativos militares en Villarrica, con la creación del *Destacamento Sumapaz*, al mando del teniente coronel Hernando Forero Gómez. Con esta acción, realizada con el pretexto de combatir a los ‘bandoleros comunistas’ que pretendían crear un fortín impenetrable a las puertas de Bogotá, el Ejército inició operaciones en toda la región, las cuales se fueron extendiendo rápidamente, primero hacia el Sumapaz y después hacia el oriente del Tolima.

Participaron en estos operativos alrededor de cinco mil soldados. Este contingente militar debió enfrentar la resistencia armada de unos 800 hombres de la región. En solidaridad con los campesinos agredidos, el Partido comunista ordenó a los grupos de autodefensa asentados en Tierradentro y el sur del Tolima reactivarse como guerrilla móvil, lo cual realizaron bajo la conducción de Ciro Trujillo y Manuel Marulanda, respectivamente. Con ello se dio origen a la “segunda etapa de la guerrilla”, caracterizada por el predominio de los núcleos comunistas.

Es así como se inicia la conformación de los grupos insurgentes en Colombia, como consecuencia de los continuos ataques de la fuerza pública contra la población civil y el desalojo de la tierra y la pugna partidista. Los primeros que se organizan después de la ‘Operación Lasso’, son las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC y con posterioridad los demás grupos alzados en armas.

#### Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo – FARC-EP.

El 27 de mayo de 1964 se inició en firme la operación contra Marquetalia, bajo el código de ‘Plan Lasso’ (Latin American Security Operation) u ‘Operación Soberanía’<sup>595</sup>, que dio inicio

---

<sup>594</sup> PIZARRO GOMEZ. Los Orígenes del Movimiento Armado Comunista. Disponible en: <http://banrepcultural.org/sites/default/files/lablaa/revistas/analisispolitico/ap7.pdf>

<sup>595</sup> Aplicación práctica del plan LASSO. Empleo del plan desarrollado contra las regiones de autodefensa campesina en Colombia, que constituyó la ejecución concreta de los programas de ayuda militar para América Latina, enmarcados en la nueva estrategia militar del gobierno de los Estados Unidos en los años 1960, conocidos como “Doctrina de la Seguridad Nacional” “Para esta operación el gobierno disponía de 16.000 hombres armados y equipados con todos los instrumentos de guerra modernos, tales como helicópteros, aviones de reconocimiento de varios tipos, bombarderos facilitados por el gobierno de los Estados Unidos y algunas piezas de artillería. Además, el gobierno disponía para la operación de 500 millones de pesos, agregando la ayuda de los Estados Unidos que no era menor a los 300 millones de pesos”. Disponible en: [http://www.ecured.cu/Inicio\\_de\\_la\\_aplicaci%C3%B3n\\_pr%C3%A1ctica\\_del\\_Plan\\_LASSO](http://www.ecured.cu/Inicio_de_la_aplicaci%C3%B3n_pr%C3%A1ctica_del_Plan_LASSO).

el 18 de mayo de 1964 con una operación militar contra Marquetalia. Fue creado por la administración de John F. Kennedy para contrarrestar a los grupos insurgentes en América Latina, el cual se inició con el ataque por parte de la VI Brigada del Ejército contra casi cincuenta campesinos en la Vereda Marquetalia; dando inicio así a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC–, con la llamada ‘Operación Marquetalia’:

*“El 18 de mayo de 1964, la tensa calma de meses sucumbió ante la invasión brutal de la soldadesca helitransportada, armada, y comandada por los halcones del Pentágono con 16, 000 sabuesos, apoyados en artillería y aviación de bombardeo, al servicio de los potentados de siempre. Se aplica entonces en Colombia el novel contrainsurgente Plan LASSO de cerco y aniquilamiento contra Marquetalia. Su misión, ahogar en sangre toda esperanza emancipadora forjada por la conciencia y la voluntad solidarias de quienes trabajan con sus humildes manos.*

*El entonces teniente coronel José Joaquín Matallana Bermúdez comandaba un grupo de asalto del Batallón Colombia destacado en el norte del Tolima, con el cual hace el primer desembarco helicopiado en Colombia y toma por sorpresa a la gente de Marín, lo que permite capturar abundante material subversivo que vincula al grupo insurgente al Partido Comunista.*

*El ataque los hace huir más hacia el sur llegando a Rio chiquito donde se encuentra con Ciro Castaño. Los militares le persiguen y tratan de hablar con Castaño para evitar una confrontación pero son desatendidos y nuevamente se utiliza la fuerza para desalojarlos. Así también llegan al Pato y Guayabero en la cordillera oriental.*

*Los sobrevivientes de la operación militar se reúnen en la primera cumbre guerrillera el 27 de mayo con una asistencia de 80 subversivos a pesar del acoso del ejército. En esta acuerdan conformar el Bloque Sur y mantener las orientaciones y directrices del Partido Comunista como también establece un sistema de correos para mantener con él una comunicación permanente.*

*Al año siguiente se convierten en las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC bajo el mando de Pedro Antonio Marín, alias Manuel Marulanda Vélez ‘Tirofijo’<sup>596</sup>.*

Se confirma, una vez más, que por virtud de la represión del Estado contra la población se dio origen a los grupos insurgentes en Colombia, lo que ha servido para que el Estado fortalezca su aparato militar y entregue la soberanía, a cambio de ‘ayuda militar’.

La masacre de Marquetalia, marca uno más de los tantos episodios de ataques contra la población civil que seguirían hasta nuestros días; de los cuales se podrán constatar, en este capítulo, por lo menos en los que Estado colombiano ha sido condenado por la CoIDH.

---

<sup>596</sup> Inicio de la aplicación práctica del plan lasso. Ecured. Disponible en: [http://www.ecured.cu/index.php/Inicio\\_de\\_la\\_aplicación\\_práctica\\_del\\_Plan\\_LASSO](http://www.ecured.cu/index.php/Inicio_de_la_aplicación_práctica_del_Plan_LASSO).

Marquetalia es conocida como el inicio de una gloriosa historia de luchas armadas de carácter revolucionario. Para otros, como un grave error histórico de las élites colombianas que ha ensangrentado al país sin pausa ni tregua desde hace ya cuatro décadas. El debate y la herida siguen abiertos

Es así, como el primero de enero de 1964, en reunión de delegados del movimiento agrario y autodefensas del partido, la juventud comunista y otros sectores, se expidió un comunicado que determinó:

*“hacer más beligerante nuestra lucha por el levantamiento del cerco militar y el retiro de las tropas de la región, la creación de escuelas, la construcción de caminos y carreteras, la concesión de créditos oficiales baratos y de indemnizaciones por los prejuicios recibidos por los colonos como efecto del cerco bélico [...] El objetivo de nuestra lucha es el mismo ya planteado por los compañeros de Marquetalia: la reforma agraria democrática, el implantamiento de un gobierno democrático, para lo que se hace necesario la formación de un gran frente popular”*<sup>597</sup>.

Surge así el movimiento insurgente de mayor cobertura en todo el territorio nacional y que data de cincuenta años, sin que se pueda constatar todavía, que los objetivos y logros perseguidos se han podido cumplir.

El grupo de Memoria Histórica<sup>598</sup> realizó una síntesis de la evolución de las FARC a partir del estudio de las representaciones de este grupo sobre sí mismo y las elaboradas por la sociedad; buscaba analizar su desarrollo militar y sus relaciones con la población civil, para lo cual dividió el periodo de la guerrilla en cuatro fases cronológicas:

La *primera*, marginalidad guerrillera con legitimidad social dentro del período 1949 – 1978; la *segunda*, decisiones de Guerra, Unión patriótica e inserción en zonas cocaleras dentro del periodo 1978 – 1991; la *tercera*, consolidación militar, diálogos del Caguán y declive político-militar dentro del período de 1991 – 2008; y la *cuarta*, denominada guerra de resistencia y búsqueda de la solución negociada, dentro del período 2008 – 2013.

Esta *primera fase* se inicia con el surgimiento de las guerrillas comunistas después del asesinato de Jorge Eliecer Gaitán y el inicio de la violencia bipartidista, y finaliza con la VI Conferencia de las FARC, cuando se convierte en ejército revolucionario y define que su proyecto es la toma del poder. Se constituye formalmente en 1964.

La *segunda fase* está delimitada por la crisis política de finales de los setenta generada por el auge de la guerrilla y las protestas sociales que intentó ser superada por el Estatuto de

---

<sup>597</sup> PIZARRO GOMEZ. Disponible en: <http://banrepcultural.org/sites/default/files/lablaa/revistas/analisispolitico/ap7.pdf>.

<sup>598</sup> Informe Guerrilla y Población Civil. Trayectoria de las FARC 1949 – 2013. Segunda edición ampliada: Imprenta Nacional, noviembre de 2013. Realizada en el marco del convenio de cooperación entre el Centro de Memoria Histórica (CMH) y el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Colombia (IEPRI).

Seguridad y se conecta con el ascenso del narcotráfico, la insurgencia y el paramilitarismo que concluye con la expedición de la Constitución Colombiana de 1991.

Durante este período, las FARC obtienen importantes resultados, como la conquista de nuevos territorios, la consolidación de un plan estratégico para la toma del poder que transforma la guerra; se expiden nuevas normas al interior del grupo, se combina la guerra con la política a partir de la creación de la Unión Patriótica, se construyen las bases de la retaguardia nacional y se recibe el primer impacto de la economía del narcotráfico. Durante este período se acentuó el exterminio de la Unión Patriótica, tras lo cual deciden tomar en firme la decisión de hacer la guerra hasta la victoria.

La *tercera fase*, según el informe, se manifiesta en el declive del plan estratégico para entrar triunfantes a la capital del país, lo que significó un mayor fortalecimiento de las fuerzas armadas, y por tanto, la pérdida de control territorial. El Estado respondió con unas Fuerzas Militares renovadas, gracias al apoyo norteamericano, aplicando el plan Colombia. Esto generó que las FARC perdieran gran parte del territorio ganado y que se confinaran en zonas selváticas y despobladas; esto, también como consecuencia del ascenso y progresiva expansión del paramilitarismo, así como el desprestigio por la utilización de métodos de guerra como el secuestro, el uso de cilindros bomba y el uso de minas antipersonal.

El *cuarto periodo* inicia con el Plan Renacer, que busca acercamiento de paz con el gobierno y continúa con el proceso de paz que se lleva a cabo en la actualidad. En esta fase la guerrilla reconoce el impacto del Plan Patriota y se acomoda a las nuevas condiciones del conflicto. La guerra se ha transformado en una guerra de resistencia o sobrevivencia. Para esto, la guerrilla sigue defendiendo algunas zonas y trata de incrementar el número de combatientes. En esta fase se plantea la ofensiva de la fuerza pública como ‘el principio del fin’ de la subversión, que ha llevado a rediseñar su estrategia militar mediante la aplicación del Plan Espada de Honor y formular la posibilidad de buscar una salida negociada al conflicto.

Se menciona en el informe<sup>599</sup> que algunos aspectos acerca del imaginario de la memoria y del discurso de las FARC que justifican la rebelión han apuntado a presentarlas como víctimas del Estado, como la agresión contra Marquetalia, el aniquilamiento de la Unión Patriótica, el

---

<sup>599</sup> IEPRY / CMH. *Informe guerrilla y población civil*. Trayectoria de las FARC 1949 – 2013. Segunda edición ampliada: Imprenta Nacional, noviembre de 2013. Realizada en el marco del convenio de cooperación entre el Centro de Memoria Histórica (CMH) y el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Colombia (IEPRI), p. 14.

bombardeo contra Casa Verde, las acciones paramilitares apoyadas por agentes del estado, entre otras. Pero esto se desvaneció cuando las FARC se convirtieron en ejército organizado y la violencia que se genera a partir de entonces empieza a ser vista sin excusa.

Dice el informe que, no obstante, adoptaron una simbología patriótica y bolivariana heredada de la experiencia del M-19 que les permitió acceder a las zonas invocando a Bolívar, y planteando un discurso más social, quedó de manifiesto el interés estratégico de sustituir al Estado generando zonas de retaguardia nacional o de frente guerrillero bajo la lógica de generar *poder dual* o de prefigurar en ciertas regiones los contornos de una *República fariana*<sup>600</sup>.

Según sus propios Estatutos, las FARC-EP “*son un movimiento político militar que desarrolla su acción ideológica, política, organizativa, propagandística y armada de guerrillas, conforme a la táctica de combinación de todas las forma de lucha de masas por el poder para el pueblo*”<sup>601</sup>, que aplican los principios del marxismo y leninismo y se inspiran en el pensamiento revolucionario del libertador Simón Bolívar, el anti-imperialismo, la unidad latinoamericana, la igualdad y el bienestar del pueblo<sup>602</sup>.

---

<sup>600</sup> La idea de fragmentar la soberanía en el desarrollo de un proceso de rebelión de inspiración marxista es de vieja data. 1) Se halla en un debate entre Lenin y Trotsky. Véase al respecto: René ZABALETA, *El poder dual. Problemas de la teoría del estado en América Latina* (Ed. Siglo XXI, México, p. 177). 2) También está relacionada con los grandes modelos de inspiración marxista, es decir, el modelo insurreccional, el de Guerra Popular Prolongada y los modelos mixtos. Sobre los modelos de guerra y la formación de los contrapoderes Véanse: Mao Tsé-tung, “Una sola chispa puede incendiar la pradera, enero 5 de 1930”, en Obras escogidas de Mao TSE-tung, tomo I (Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjera, 1968); y “La situación actual y nuestras tareas, diciembre 25 de 1947”, en Obras escogidas de Mao TSE-TUNG, tomo IV, (Pekín: Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1968), [Fecha de consulta: 14 de octubre del 2013].

Verr: <http://www.marxists.org/espanol/mao/escritos/SS30s.html>; Vo Giap Nguyen, Guerra del pueblo, ejército del pueblo (Buenos Aires: La Rosa Blindada, 1971); erpi, “Algunas de las estrategias generales que se enfrentan: la guerra prolongada, la guerra insurreccional y la Guerra de baja intensidad” 5, consultado el 14 de octubre del 2013, <http://www.enlace-erpi.org/doc>; Mario Aguilera Peña, “Las farc: auge y quiebra de su estrategia de guerra”, Análisis político 77 (enero-abril, 2013): 85-111. 3) En los conflictos de las últimas décadas del siglo XX, los grupos insurgentes en América Latina intentaron formar contrapoderes en las zonas de retaguardia. Sobre esas configuraciones sociales en Salvador, Perú y Colombia, véanse: Leigh Binford, “El ejército revolucionario del pueblo de Morazán: la hegemonía dentro de la revolución salvadoreña”, Estudios Centroamericanos 625- 626 (noviembre-diciembre, 2000); Leigh Binford, “El desarrollo comunitario en las zonas conflictivas orientales”, Estudios Centroamericanos 525-526 (julio-agosto, 1992); Carlos Tapia, Las fuerzas armadas y sendero luminoso. Dos estrategias y un final (Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 1997); Mario Aguilera Peña, Guerra, contrapoder y justicia insurgente 1952-2003, tesis doctoral en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009).

<sup>601</sup> ESTATUTO DE LAS FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA –FARC–EP. Artículo 1.

<sup>602</sup> ESTATUTOS DE LAS FUERZAS ARMADAS REVOLUCIONARIAS DE COLOMBIA –FARC–EP. Disponible en: <https://resistencia-colombia.org/pdf/Estatutos.pdf>.

En los estatutos se hace referencia a la estructura jerárquica de la organización a las funciones de los diferentes frentes, de los comandantes y en general de las actividades políticas y militares de las FARC.

También se hace referencia a las sanciones por faltas disciplinarias de los mismos combatientes, entre las cuales llama la atención la llamada ‘desmoralización superable’, considerada como falta grave de primera instancia; así como las riñas, las mentiras, la falta de solidaridad, la pereza, la cobardía, la irresponsabilidad, la calumnia, etc. Además, es considerado delito la desmoralización que ponga en peligro al movimiento entre muchas otras.

Hago referencia solamente a este caso para ilustrar que en versiones libres realizadas por Elda Neyis Mosquera, alias *Karina*, se confesó el caso de una joven guerrillera que fue llevada al Consejo Revolucionario y fusilada, precisamente por incurrir en este delito. La razón, porque desde su ingreso estuvo deprimida y no pudo adaptarse a la vida en la guerrilla.

Con esto quiero solamente ilustrar que este movimiento insurgente también ha desbordado incluso su propia ideología, vulnerando DH y cometiendo actos que van en contra el DIH; como la siembra de minas antipersonas, la utilización de armas no convencionales, las retenciones de población civil, el impuesto o ‘vacuna’ que se cobra a la población civil, la desproporción en los ajusticiamientos de civiles y la gran cantidad de miembros de sus propias filas que han sido fusilados en virtud de Consejos Revolucionarios en los que han sido declarados culpables, en la gran mayoría de los casos, por colaboración con el enemigo, tal como se ilustra en el estudio de casos.

Surge aquí una gran incógnita: ¿Los crímenes que ha cometido la guerrilla contra el DIH y los DH podrían hacer parte de los delitos conexos?

Una primera respuesta a esta pregunta se ha planteado en el acuerdo firmado entre el gobierno y las FARC-EP en la mesa de negociación en la Habana. Allí se indica que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra serán judicializados y sancionados y no serán objeto de amnistía.

Lo importante de este punto es que, mediante una ley estatutaria, se definirían los delitos conexos al delito político, que había perdido toda su fuerza, el año 1997 por la Corte Constitucional, pero que en virtud de este acuerdo renacerá para efectos de delimitar el alcance del delito político, pero especialmente de los delitos conexos.

Solo aquellos delitos que no sean conexos y que constituyan violaciones graves contra la humanidad son objeto de judicialización. Esto implica delimitar muy claramente el alcance de los delitos conexos.

### Movimiento 19 de abril M-19

El M-19 surge públicamente en 1974 con dos acciones en Bogotá – Colombia: una, expropiando la espada del libertador Simón Bolívar, que reposaba en la casa museo; y la otra, la toma del Consejo de Bogotá,

*“Decidimos en 1974 hacer volver al pueblo la espada de Bolívar, porque estábamos convencidos y aún hoy yo como persona estoy convencido que el sueño bolivariano sigue vigente esta por realizarse y América Latina necesitaba del padre Bolívar y acertamos en eso”.*

El M-19 dura 16 años desde 1974, cuando producto de un acuerdo político bajo el gobierno de Virgilio Barco decidimos dejar las armas.

*“Nos pareció hacer la paz porque Colombia se caracteriza de ser un país donde se precia la oligarquía de no hacer una dictadura militar sino de la norma y el país estaba regido por la Constitución de 1886 y decidimos que era necesario desarmarse y cambiar el espacio de discusión y la carta de navegación porque éramos obsoletos en esta constitución y se dio por que hubo la voluntad política del M-19 y del Presidente Virgilio Barco”<sup>603</sup>.*

*La Democracia, la paz, la justicia social, el beneficio del pueblo, eso es lo que a nosotros nos interesa. Los medios que se utilizan tratamos de que sean los más humanos posible. La guerra es un hecho de fuerza que implica la violación de ciertos derechos de mucha gente, eso es cierto, pero no podemos evitar eso...echemos a andar el proceso. Firmemos la paz entre el pueblo y el gobierno<sup>604</sup>.*

*Aquí no hay renovación política, aquí no hay una sociedad de hombres libres, aquí hay una sociedad de hombres subordinados y de hombres prepotentes que actúan con autoritarismo en base al poder que sustentan, ese es el tipo de sociedad en la cual nosotros no sabemos vivir. Cuando hablamos de una democracia incluyente, estamos hablando de eso, de una democracia incluyente que es la perspectiva de la Nación siempre al frente y una enorme flexibilidad para combinar las diferentes formas de organización en incluirlas en la sociedad... las lecturas del poder son lecturas muy soberbias de la sociedad. Las grandes guerras se han hecho con todos estos hombres; hombres del pueblo, hombres marginales, que han tenido expresiones de heroísmo muy grande por una causa nacional, por una bandera, por un mínimo, por la fe en las instituciones, por la fe en unos hombres, por sentirse que hacen algo positivo en su vida. Porque no abrimos ese horizonte a todos los*

---

<sup>603</sup>ARTUNDUAGA, A. Ex miembro del M-19. Centro de Documentación y Cultura para la paz. Tomado de la página: [http://pensamientoculturaypaz.org/LA\\_MEMORIA.html](http://pensamientoculturaypaz.org/LA_MEMORIA.html).

<sup>604</sup>CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y CULTURA PARA LA PAZ. Jaime Bateman Cayón, Comandante del Movimiento 19 de abril M-19. Tomado de la página: [http://pensamientoculturaypaz.org/LA\\_MEMORIA.html](http://pensamientoculturaypaz.org/LA_MEMORIA.html).



*marginales de este país. Pero tiene que haber una cosa que sea fundamental. Al lado de una valoración de la vida también una valoración de la libertad. Los marginales son rebeldes y los rebeldes lo son, porque están buscando la franja de la libertad que muchas veces es negada por la sociedad”*<sup>605</sup>.

El M-19 se caracterizó por realizar operativos de transcendencia nacional desde su origen, como la incursión para tomar la espada de Bolívar, la toma del consejo de Bogotá, el hurto de armas del cantón norte, la toma de la embajada de república dominicana en Bogotá y la de mayor transcendencia, que culminó con la toma del palacio de justicia.

#### Ejército Popular de Liberación – EPL.

El 17 de diciembre de 1967, en medio de levantamientos campesinos, nace el Ejército Popular de Liberación – EPL, dirigidos por Pedro Vásquez Rendón y Francisco Caraballo, sobre las bases del Marxismo-leninismo, la revolución cubana y el inconformismo social.

A nivel internacional, están las luchas entre los marxistas-leninistas y los krushovistas, que producen una división en el Movimiento comunista<sup>606</sup>; en Cuba, la revolución se ha convertido en un detonante para la inspiración del movimiento latinoamericano. A nivel interno, se vivía el fortalecimiento de una guerrilla que había incorporado gran parte del movimiento campesino. Es por esto que un grupo de personas del Partido comunista critica sus políticas y decide tomar las armas, por lo que se crea el primer grupo en los departamentos de Santander y Bolívar. Simultáneamente, en el Departamento del Valle del Cauca (zona Guacarí), en Risaralda y el Chocó. Allí se enviaron revolucionarios que conformaban núcleos y que hacían el trabajo entre las masas<sup>607</sup>.

Mientras tanto, el ejército se enfocó en dos frentes. Uno, golpeando a los que hacían trabajo político a quienes capturaban, torturaban y asesinaban; el otro, atacando a la guerrilla en formación.

Hacia 1974 se proyectó el grupo al trabajo hacia los principales centros urbanos, y desde 1978 hasta 1980 se dio una discusión ideológica en el XI Congreso del Partidos. Ya en 1987,

---

<sup>605</sup> CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y CULTURA PARA LA PAZ. Carlos Pizarro León Gómez. Tomado de: [http://pensamientoculturaypaz.org/LA\\_MEMORIA.html](http://pensamientoculturaypaz.org/LA_MEMORIA.html).

<sup>606</sup> Partido Comunista de Colombia (Marxista-leninista). Ernesto Rojas, comandante del EPL. 2010. Disponible en: <http://www.pcdecml.org/>.

<sup>607</sup> ROJAS, E. Op.Cit. El acento principal estaba en el núcleo, partiendo del criterio de que una vez creado serviría de detonante para que en esas áreas estallara un movimiento insurreccional. Desde un principio se impulsó el trabajo de masas.

al igual que otros grupos guerrilleros, hizo parte de la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar, junto con el ELN, el M-19, el Comando Ricardo Franco Frente-Sur, el Movimiento Armado Quintín Lame y el ERP.

A finales de la década de los noventa, el EPL comienza a negociar su desmovilización. Los paramilitares y autodefensas lograron afectar sus bases políticas y sociales desde 1988, cuando surgen las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá, para contrarrestar a las guerrillas. Hubo combates contra los frentes más poderosos del EPL y se registraron masacres donde cayeron campesinos, simpatizantes y algunos de los comandantes<sup>608</sup>.

Al EPL se le considero el tercer grupo guerrillero de Colombia después de las FARC y el ELN. Se desmovilizó en 1991.

#### Ejército de Liberación Nacional – ELN.

En el nacimiento del ELN tiene una influencia importante la revolución cubana y tuvo gran impacto en la población estudiantil, con la lucha de tipo nacionalista, y la posibilidad de hacer la revolución a partir del descontento social y de lucha permanente por la liberación de un gran sector de la población.

Tabla 4

Comparativa FARC-EP, ELN, EPL y M-19<sup>609</sup>

Organización Características	Guerrillas de Primera Generación			Guerrilla de Segunda Generación
	ELN	EPL	FARC-EP	M-19
<b>Fundamentación Ideológica</b>	Guevarismo Camilismo Socialismo Latino americanismo	Marxismo Leninismo Maoísmo Socialismo	Marxismo Leninismo Socialismo Bolivarianismo	Nacionalismo Antiimperialismo Bolivarianismo
<b>Estructura Político-Militar</b>	Estructura jerárquica y rígida, de mandos colectivos. Combina ejército, células de guerrilla urbana y organizaciones de masas.	Estructura jerárquica y partidista. Combina: Partido, Ejército, Milicias y Organizaciones s de Masas	Estructura jerárquica y partidista. Combina: Partido, Ejército, Milicias Urbanas y Organizaciones de Masas	Estructura jerárquica Combina focos revolucionarios y células de guerrilla urbana

<sup>608</sup>

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Disponible en: [https://economia.uniandes.edu.co/es/content/download/9299/45754/file/expansion\\_territorial.pdf](https://economia.uniandes.edu.co/es/content/download/9299/45754/file/expansion_territorial.pdf).

<sup>609</sup> Narvaez JAIMES. “La Guerra Revolucionaria del M-19 (1974-1989)”. Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en Historia, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Historia. 2012. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/9917/1/468440.2012.pdf>.

<b>Modelo de Guerra</b>	Del modelo de Guerra Insurreccional pasó al de Guerra Popular y Prolongada.	Del modelo de Guerra Insurreccional pasó al de Guerra Popular y Prolongada.	Modelo de Guerra Popular y Prolongada	Modelo de Guerra Insurreccional
-------------------------	---	---	---------------------------------------	---------------------------------

### ***Grupos paramilitares o de autodefensas.***

Al año siguiente de la creación de las FARC, y en el mismo año del nacimiento del ELN, el Estado colombiano, en virtud del Decreto de estado de sitio No 3398 de 1965 dio fundamento legal a la *creación de grupos ‘paramilitares’*, al disponer que

*“El Ministerio de Defensa Nacional, por conducto de los comandos autorizados, podrá amparar, cuando lo estime conveniente, como de propiedad particular, armas que estén consideradas de uso privativo de las Fuerzas Armadas”. Esta norma tuvo por efecto el surgimiento y fortalecimiento de grupos “paramilitares” desde mediados de la década de los sesenta del siglo XX, los cuales han sido creados y promovidos por sectores de las Fuerzas Militares que buscaban defender los intereses de algunos individuos o grupos mediante la violencia. Los grupos “paramilitares” nacieron ligados al Ejército colombiano en virtud de su motivación contrainsurgente...”<sup>610</sup>*

f) el 25 de mayo de 1989 la Corte Suprema de Justicia de Colombia declaró la inconstitucionalidad del referido Decreto, tras lo cual el Estado adoptó una serie de medidas legislativas para “criminalizar” las actividades de dichos grupos “paramilitares” y de quienes los apoyaran;

g) el Estado colombiano es responsable de manera general por la existencia y fortalecimiento de los grupos “paramilitares”. En el presente caso las pruebas indican que miembros del Ejército y del grupo “paramilitar” comandado por el dueño de la finca El Diamante, vigilaban y ejercían control de manera conjunta en la zona en la cual se produjeron los hechos, con el objeto de combatir a grupos armados disidentes.

i) la tranquilidad y despliegue con el que actuaban los grupos “paramilitares” que operaban en el Magdalena Medio “es indicativo del apoyo, colaboración y concertación de los agentes del Estado acantonados en las bases militares”. Las autoridades no desplegaron acción alguna para confrontar a los grupos “paramilitares”;

j) de conformidad con el Tercer Informe de la Comisión sobre la Situación de los DH en Colombia, el Estado ha tenido un papel importante en el desarrollo de los llamados grupos “paramilitares”, “a quienes permitió actuar con protección legal y legitimidad en las décadas de los sesenta, setenta y ochenta”;

k) el Estado reconoció ante la Comisión que la relación de cooperación entre el grupo “paramilitar” que actuaba en la zona al momento de los hechos y sus propios agentes encontraba fundamento en la legislación. Precisamente ese fue el fundamento para exonerar

---

<sup>610</sup> COIDH, *Caso 19 comerciantes vs Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004. No 84 e.

de responsabilidad a los miembros del Ejército implicados en la ejecución de las presuntas víctimas<sup>611</sup>.

Según el decreto legislativo 0180 de 1989, se tipificó la pertenencia, promoción y dirección de grupos de sicarios, así como la fabricación o tráfico de armas y municiones de uso privativo de las Fuerzas Militares, que finalmente fue elevado a legislación permanente mediante el Decreto 2266 de 1991 y el 181 de 1989, que suspendieron la vigencia del párrafo 3 del artículo 33 del Decreto 3398 de 1965, el cual facultaba a los particulares para portar este tipo de armas. La Corte suprema de Justicia declaró inexecutable el referido párrafo<sup>612</sup>.

Según sentencia del 11 de mayo de 2007 proferida por la CoIDH, *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*,

*“Otro aspecto particular del marco normativo vigente a la época de los hechos de este caso es que, en el presente proceso, los representantes allegaron como prueba copia de normas que contienen información específica sobre las funciones de patrullaje y apoyo a la ejecución de operaciones de combate y de inteligencia militar que desempeñaban los miembros de los grupos o juntas de autodefensa, así como las funciones de organización y control que respecto de ellos debían ejercer los miembros de las Fuerzas Militares”*<sup>613</sup>.

Se trata del “Reglamento de Combate de Contraguerrillas” (CoIDH) y del Manual “*Combate Contra Bandoleros O Guerrilleros*”<sup>614</sup>, aprobados por el Comandante General de

---

<sup>611</sup> CoIDH, *Caso 19 comerciantes vs Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004. No 84 e. y 140 d, e, f.

<sup>612</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 25 de mayo de 1989.

<sup>613</sup> CoIDH. *Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. “En el mismo Reglamento se estipula que sería identificado como “REGLAMENTO EJC 3-10 RESERVADO” (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VIII, anexo 72, folios 3740 a 3747). Allí se indica que entre los objetivos de las operaciones de organización de la población civil se encuentra “organizar en forma militar a la población civil, para que se proteja contra la acción de las guerrillas y apoye la ejecución de operaciones de combate”. Asimismo, se estipula que “[l]a Junta de autodefensa es una organización de tipo militar que se hace con personal civil [...], que se entrena y equipa para desarrollar acciones contra grupos de guerrilleros que amenacen el área o para operar en coordinación con tropas de acciones de combate”, y que “[l]a junta de autodefensa debe tener un control directo de la unidad militar de la zona de combate y para ello el comandante designa un oficial o un suboficial encargado de transmitir las órdenes correspondientes y de entrenar la agrupación. Entre las “[m]isiones que pueden cumplir las juntas de autodefensa”, el Reglamento indica las de actuar como “[p]atrullas de reconocimiento móviles que recorran áreas críticas de poblaciones y veredas [...] y [e]n operaciones de control, registro y destrucción, para lo cual se pueden dotar de armas y municiones de uso [privativo] de las fuerzas militares”. (subrayado no es del original).

<sup>614</sup> CoIDH. *Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. “En el mismo Manual se estipula que sería identificado como “MANUAL EJC-3-101 RESERVADO” (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VIII, anexo 73, folio 3750); y declaración jurada escrita rendida por Federico Andreu Guzmán el 19 de enero de 2007 (expediente de declaraciones y peritajes escritos, Tomo III, folio 7502). El manual indica que organizar las juntas de autodefensa, “instruirlas y apoyarlas debe ser un objetivo permanente de la Fuerza Militar donde la población es leal y se manifiesta agresiva y decidida contra el enemigo.

las Fuerzas Militares el 9 de abril de 1969 y el 25 de junio de 1982, respectivamente. El Estado no realizó indicación alguna respecto del contenido, implicaciones y vigencia de dichas normas.

No obstante, la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia, y a pesar de que en la parte considerativa del Decreto 1194 de 1988 se expuso que

*“los acontecimientos que vienen ocurriendo en el país, han demostrado que existe una nueva modalidad delictiva consistente en la comisión de actos atroces por parte de grupos armados, mal llamados “paramilitares”, constituidos en escuadrones de la muerte, bandas de sicarios, grupos de autodefensa o de justicia privada, cuya existencia y acción afectan gravemente al país las cuales deben reprimirse para lograr el restablecimiento del orden y la paz públicos”.*

Mediante Decreto 356 de 1994, se reactivó nuevamente la posibilidad de que los particulares portaran armas en aras de la prestación por particulares de servicio de vigilancia y seguridad privada, dentro de cuyo ámbito de aplicación están los servicios de vigilancia y seguridad privada con armas de fuego o con cualquier otro medio humano, animal, tecnológico o material.

La Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada<sup>615</sup> estableció que

*“Los servicios especiales de vigilancia y seguridad privada que se autoricen por esta Superintendencia, a personas jurídicas de derecho público o privado, con el objeto de proveer su propia seguridad, se denominarán CONVIVIR; resolución que fue modificada por la número 7164, de octubre 22 de 1997, que eliminó el nombre de “CONVIVIR” debido a que la Corte Constitucional<sup>616</sup> considero que “En el contexto del conflicto armado colombiano es posible crear organismos de protección civil, como pueden ser los propios servicios de vigilancia, sin violar la Constitución y sin desconocer las normas humanitarias. Y es razonable que así sea, pues la protección que el DIH confiere a la población civil, en el sentido de que las partes no pueden convertirla en objetivo militar de sus ataques, no significa que ésta no pueda tomar por sí misma medidas de defensa. En síntesis, los servicios de vigilancia y seguridad privada, en general, y, en particular, los Servicios Comunitarios de Vigilancia y Seguridad Privada, son verdaderos “organismos de protección civil”, expresamente previstos por las normas del Protocolo I”. Igualmente considero que “Los Servicios Comunitarios de Vigilancia y Seguridad Privada sólo pueden utilizar las armas de uso civil a que se refiere el artículo 10 del decreto 2535 de 1993, armas de defensa personal, y armas deportivas”.*

---

[...] Las juntas de autodefensa [...] suministran guías para las operaciones militares. Patrullan sus propias zonas. Suministran apoyo logístico a las patrullas. Cumplen misiones de inteligencia y contrainteligencia” (subrayado no es del original).

<sup>615</sup>Resolución 368 del 27 de abril de 1995.

<sup>616</sup>CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 572 de 1997

Tanto el decreto como el fallo de la Corte Constitucional se limitaron a plantear un error en cuanto a que las entidades de vigilancia y seguridad privadas, desde que tengan armas no privativas de las Fuerzas Militares, pueden realizar su actividad de defensa privada. El problema no radica en qué tipo de armas se utilicen, sino en la facultad que el Estado otorga a los particulares para que se armen aparentemente para la defensa de la sociedad<sup>617</sup>, tal como lo afirma el representante de la superintendencia de seguridad y vigilancia:

*“ante la insuficiencia de las autoridades para proteger la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio colombiano, el Estado puede permitir a los civiles agruparse para proveer su defensa, siempre y cuando cumplan los requisitos que para el efecto se establezcan”*<sup>618</sup>.

Los grupos de autodefensas, posteriormente denominados paramilitares, tienen su origen casi simultáneamente con el nacimiento de las organizaciones insurgentes para apoyar a las Fuerzas Militares en la lucha contra la subversión. El Estado, con su política de represión y aniquilación, ha legitimado estos grupos de autodefensas<sup>619</sup>, que incidieron en cada momento histórico y de acuerdo con los diferentes escenarios políticos en afianzar la guerra en Colombia, generando el fenómeno de la macrocriminalidad

*“que aunque no ha sido abordada cabalmente por la criminología, ni por la dogmática penal, ostenta como trasfondo factico la existencia de intensos conflictos sociales, étnicos, religiosos o políticos que dan pie a que el Estado recurra a medidas basadas en la fuerza, violencia y represión, ya sea a través de medios institucionales o por medios externos que compartiendo el objetivo del Estado reciben el respaldo de este (grupos paramilitares)”*<sup>620</sup>.

Los grupos de autodefensas se crearon al amparo de la legislación, generando el acompañamiento de las Fuerzas Militares.

---

<sup>617</sup>FERRI, E. *Sociología criminal*, Ed. Centro Editorial Góngora, Madrid, 1907. Prefacio.

<sup>618</sup>CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C 572 de 1997.

<sup>619</sup>COIDH. *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004. “124. A pesar que Colombia alega que no tenía la política de incentivar la constitución de tales grupos delincuenciales, ello no libera al Estado de la responsabilidad por la interpretación que durante años se le dio al marco legal que amparó a tales grupos “paramilitares”, por el uso desproporcionado dado al armamento que les entregó y por no adoptar las medidas necesarias para prohibir, prevenir y castigar adecuadamente las referidas actividades delincuenciales, aunado a que las propias autoridades militares de Puerto Boyacá incentivaron al grupo de “autodefensa” que tenía control en dicha zona a desarrollar una actitud ofensiva ante los guerrilleros, tal y como sucedió en este caso, pues se consideraba que los comerciantes brindaban colaboración a los grupos guerrilleros”.

<sup>620</sup>ALPACA PEREZ. *Macrocriminalidad y Derecho penal Internacional*. Cuaderno de trabajo del CICAJ No 3 nueva serie 2013. Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 39.

Las diferentes etapas de la violencia en Colombia<sup>621</sup> han estado determinadas por el contexto en que las guerras se producen, el carácter de los protagonistas y las motivaciones y objetivos. El primer tipo es el de las guerras civiles, a través de las cuales se buscó saldar las rivalidades internas de la clase dominante, como la participación de la iglesia en la política del Estado, la abolición o no de la esclavitud, la política de un Estado centralista o federalista y asuntos similares que dividieron a la clase dominante.

La segunda etapa corresponde al siglo XX, que se conoce como “la época de la violencia”<sup>622</sup> que comprendió una confrontación más abierta entre la clase dominante y las clases subalternas, pero también de las fracciones bipartidistas de la misma clase dirigente. Esta guerra generó una crisis permanente desde la década de los años 40 y tiene la particularidad que quienes fueron a la guerra en uno u otro bando, todos fueron campesinos. En esta etapa surgió el movimiento obrero y las luchas campesinas organizadas bajo el influjo de nuevos partidos como el comunista, el Partido Nacional Agrario y la Unión Nacional de Izquierda Revolucionaria, como contrapeso a los partidos tradicionales.

La tercera etapa, se gesta a partir de los años 60 y que actualmente vive Colombia cuyo objetivo primordial es “*la abolición del régimen existente por parte de fuerzas político militares que se reclaman voceras del conjunto de las clases dominadas*” (p. 22). Ha sido objeto de múltiples transformaciones, también en sus objetivos y motivaciones y en las nuevas modalidades de barbarie generadas en uno y otro bando, tales como los fusilamientos, las tortura, los ajusticiamientos, los falsos positivos, el descuartizamiento, las desapariciones, entre muchos otros.

Con la entrada en vigencia del Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, denominado *Estatuto de Seguridad*, en virtud de la declaratoria de estado de sitio, se consolidó el marco legal para desarrollar prácticas de retención u encarcelamiento arbitrarios y tortura, instaurando la represión, detenciones arbitrarias y desapariciones especialmente de estudiantes, campesinos,

---

<sup>621</sup>SANCHEZ, G. *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales. Ed. CEREC, Bogotá, 1995, p. 20 y ss.

<sup>622</sup>SANCHEZ, G. *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales. Ed. CEREC, Bogotá, 1995. “La violencia como termino denotativo de la conmoción social y política que sacudió al país de 1945 a 1965 y que dejó una cifra de muertos cuyos cálculos oscilan entre los cien mil y los trescientos mil, plantea de por sí numerosos problemas y deja abierto el campo a las ambigüedades. En efecto a veces con el termino violencia se pretende simplemente describir o sugerir la inusitada dosis de barbarie que sumió la contienda; otras veces se apunta al conjunto no coherente de procesos que la caracterizan: esa mezcla de anarquía, de insurgencia campesina y de terror oficial...; y finalmente, en la mayoría de los casos, en el lenguaje oficial el vocablo cumple una función ideológica particular: ocultar el contenido social o los efectos de clase de la crisis política. ... El fatalismo de expresiones tales como “la violencia me mató la familia... la violencia me quitó la tierra”, parecen sugerir la resignada aceptación de los efectos de un proceso social y político como si se tratara simplemente de un orden natural (¿o sobrenatural?) de las cosas.”

profesores, sindicalistas y profesionales, para justificar “acabar con la insurgencia armada”. Esta política recayó en la población civil especialmente contra personas que no estaban de acuerdo con esta política de represión.

Según informe de Colombia Nunca Más<sup>623</sup>, se imponía ya mantener cuerpos de civiles que pudieran desaparecer y asesinar sin que su dependencia de la fuerza pública fuera fácilmente comprobable. En 1979 aparece ya un sigla pública, la ‘Triple A’ –Acción Anticomunista Americana– que sirvió de fachada a un grupo de oficiales del Batallón de Inteligencia y Contrainteligencia ‘Charry Solano’. En 1981 aparece la sigla del MAS –Muerte a Secuestradores– que encubría ya una estructura coordinada entre Fuerzas Armadas y narcotraficantes.

En su libro de entrevistas históricas, *En Secreto*, el periodista Germán Castro Caycedo transcribe la confesión del narcotraficante Pablo Escobar sobre la fundación del grupo Muerte a Secuestradores –MAS–, así:

*“Lo que le estoy contando es muy jodido: sucede que ellos intentaron un primer secuestro, el de Lehder, que quedó herido y se les escapó en Armenia. Y después otro y más tarde otro. Y al tercero se reunieron todos estos mafiosos aquí en Medellín, alarmados porque si no había reacción inmediata y fuerte, iban a seguir jodiendo a sus propias familias -Mejor dicho, había que cortar por lo sano- y en cosa de dos horas pusieron sobre una mesa doscientos millones de pesos. En esa época doscientos millones era todo. Es que era todo el dinero y también pusieron al servicio de la causa como cien carros y motos y aviones y gente... y hasta un submarino, ¿oiga? [sonríe socarronamente]. Y se le pagaron a la Ley ochenta millones por la información que había en ese momento sobre los señores del Eme (Movimiento 19 de Abril, M-19) y al día siguiente -es que eso fue para ya- empezaron a caer. Los llevaban a ciertas casas, a ciertas fincas, y allá iba la gente de la Ley y los colgaban y empezaban a reventarlos. Pero a reventarlo, ¿oiga? Y así comenzaron, unos ca cantar y otros a morirse.”*<sup>624</sup>.

Este período está marcado por *transiciones*: se va pasando lentamente de las prácticas de encarcelamiento arbitrario y tortura a las de desaparición forzada y asesinato; se va pasando, de una tímida pero esperanzadora expresión electoral de una izquierda legal, a su exterminio; se va pasando, de las luchas sociales por la tierra, a la extinción del movimiento campesino; se va pasando, del paramilitarismo confeso y ‘legalizado’, a un paramilitarismo inconfesable, fundado en relaciones encubiertas entre civiles y militares. Dentro de este contexto habría que encuadrar los crímenes de lesa humanidad perpetrados en diversas poblaciones de la Zona Séptima durante el período, cuyo registro pudo llegar hasta nosotros, a pesar de que en esa

---

<sup>623</sup> Las esperanzas socio-políticas a las frustraciones. De la tortura a la muerte y la desaparición. Del paramilitarismo confeso al inconfeso. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z7/ZonaSiete02.html>.

<sup>624</sup> CASTRO CAYCEDO, G. *En Secreto*, Ed. Planeta, Bogotá, 1996, pp. 264,265. Entrevista con Pablo Escobar.



época no existían muchas instancias de denuncia, pues el movimiento no gubernamental de defensa de los DH era incipiente, sobre todo en zonas rurales de difícil acceso<sup>625</sup>.

El informe muestra cómo para el periodo de 1985 a 1996, la muerte de miembros de la unión patriótica constituyó un genocidio por razones políticas, que surgió como un movimiento político en virtud de conversaciones entre las FARC y el Gobierno del entonces presidente Belisario Betancourt, a través de lo que se denominó la *Comisión de Paz*, para conformar un nuevo partido de participación electoral para que este grupo abandonara la vía armada. Sin embargo, las fuerzas militares, la iglesia, los partidos políticos tradicionales, los medios de comunicación, los empresarios y los ganaderos no estuvieron de acuerdo en apoyar esta propuesta. Por esto el proceso de *Diálogo Nacional*, propuesto por el grupo insurgente M-19, tampoco próspero y se gestó una serie de desapariciones contra los insurgentes que se iban amnistiando<sup>626</sup>, y se generalizó con las hostilidades por parte de las Fuerzas Militares, que desembocó en el ‘Holocausto del Palacio de Justicia’<sup>627</sup> y el genocidio de la Unión Patriótica<sup>628</sup>.

---

<sup>625</sup> Las esperanzas socio-políticas a las frustraciones. De la tortura a la muerte y la desaparición. Del paramilitarismo confeso al inconfeso. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z7/ZonaSiete02.html>.

<sup>626</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 35 del 20 de noviembre de 1982.

<sup>627</sup> Fue denominada Operación “Antonio Nariño por los derechos del hombre”, realizada entre los días 6 y 7 de noviembre de 1985. El Movimiento 19 de Abril M-19 se toma el palacio de justicia con el fin de realizar un juicio publico al Presidente Belisario Betancourt por el no cumplimiento de los diálogos en el proceso de paz. Los guerrilleros denunciaron que el ejercito había roto el cese al fuego después de que el gobierno incumpliera los acuerdos de Corinto firmados el 24 de agosto de 1984, en los cuales se acordó un cese al fuego, debido a que sectores del ejercito opuestos a los acuerdos de paz atacaron a varios miembros y campamentos en tregua, lo que culmina con la ruptura de los acuerdos.

<sup>628</sup> El partido político La Unión Patriótica (UP) se constituyó el 28 de mayo de 1985, fruto de los acuerdos de paz suscritos entre el gobierno de Belisario Betancur y el grupo insurgente Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP).

La UP nació como un movimiento amplio, de convergencia democrática en oposición a la propuesta liberal-conservadora, actores tradicionales y exclusivos en la vida política colombiana hasta ese momento. En marzo de 1986 (su primer año de participación electoral) la UP obtuvo la más alta votación en la historia de los partidos de izquierda. Consiguió la elección de 5 senadores, 9 representantes a la cámara, 14 diputados departamentales, 351 concejales y 23 alcaldes municipales. Este éxito electoral, rápidamente se tradujo en persecución de sus líderes y simpatizantes. Desde 1986, años tras año se produjeron masacres, desapariciones, magnicidios y atentados contra los líderes y miembros de base de este movimiento político. La persecución incluyó 230 asesinatos entre 1985 y 1986, y otros 100 en 1987. Ese mismo año, fueron asesinados el candidato presidencial de la UP, Jaime Pardo Leal, el senador Pedro Luis Valencia y el también congresista, Octavio Vargas Cuellar. Años más tarde, fue asesinado el segundo candidato presidencial de la UP, Bernardo Jaramillo Ossa. Como resultado de esta criminalidad sistemática fue exterminada toda la representación parlamentaria del movimiento (de la cual hacían parte también Leonardo Posada y Manuel Cepeda Vargas) y fue diezmada su participación en los concejos municipales, las asambleas departamentales y las alcaldías. Desde 1986 hasta el año 2000, se produjeron por lo menos 3.000 homicidios. Muchos de ellos como resultado de más de 30 masacres; 120 desapariciones forzadas; atentados dinamiteros a numerosas de sus sedes políticas; 50 sobrevivientes de atentados con algún grado de

Para los años 1998 y siguientes, bajo el Gobierno Samper, se crearon las ‘Asociaciones Comunitarias de Vigilancia Rural’, llamadas abreviadamente CONVIVIR. En Comunicado emitido por la Presidencia de la República el 13 de diciembre de 1994, las caracterizaba como fuerzas ‘defensivas’ contrainsurgentes, dotadas de armas por el Ejército y financiadas conjuntamente por el gobierno y el sector privado. Así, el paramilitarismo que había sido ilegalizado por Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de mayo de 1989, volvía a la legalidad bajo el gobierno de Samper. Este nuevo impulso estimuló a los paramilitares a reorganizarse. A comienzos de 1995 se tuvo la ‘Primera Cumbre de Autodefensas de Colombia’, que lanzó una ofensiva para controlar las diversas regiones del país. Como líder de esta estructura nacional fue ‘reconocido’ Carlos Castaño Gil, hasta entonces cabeza de una estructura paramilitar regional (Las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá) pero que ya actuaba en muchas otras regiones. Su presencia en la Zona 7 se haría sentir muy pronto, asimilando como parte de su estructura la que en toda la década anterior habían creado Gonzalo Rodríguez Gacha y Víctor Carranza Niño. Las masacres que tuvieron lugar a finales de los noventa en la zona limítrofe entre Meta y Guaviare serían la más estrepitosa confirmación de su presencia<sup>629</sup>.

Entre 1980 y 2010 se tiene conocimiento de: Asesinato de Eduardo Umaña Mendoza<sup>630</sup>; Ejecuciones extrajudiciales de jóvenes de Soacha<sup>631</sup>; Masacre de policías en Jamundí<sup>632</sup>,

---

discapacidad; centenares de desplazados; el conjunto de sus integrantes amenazados y decenas de personas en el exilio. Más de 3000 personas fueron asesinadas entre 1986 y 1997, en todo el país. Tomado de la página: <http://memoriaydignidad.org/memoriaydignidad/index.php/casos-emblematicos/141-masacres-1980-a-2010/640-genocidio-de-la-up>

<sup>629</sup> COLOMBIA NUNCA MÁS. “¿Terrorismo o Rebelión?. Nacionalización del paramilitarismo en la zona séptima”. Disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z7/ZonaSiete04.html>

<sup>630</sup> 18 de abril de 1998.

<sup>631</sup> El 23 de septiembre de 2008, fueron hallados muertos 11 jóvenes en Cimitarra y Ocaña, en Norte de Santander. Sus cuerpos habían sido sepultados en fosas comunes al parecer por personal del ejército. Este crimen se suma a varios hechos que involucrarían a la fuerza pública en crímenes de lesa humanidad, según varias investigaciones judiciales. Los mal llamados "falsos positivos", corresponde a una práctica contra jóvenes pobres de las ciudades o campesinos, que son presentados por el ejército como muertos en combate en enfrentamientos con la insurgencia. Disponible en: <http://memoriaydignidad.org/memoriaydignidad/index.php/casos-emblematicos/masacres-1980-a-2010>.

<sup>632</sup> El lunes 22 de mayo de 2006 el coronel Bayron José Carvajal Osorio, comandante del Batallón de Alta Montaña, ya tenía una celada entre sus planes. Aunque parecía una misión militar, los mensajes de texto que envió con su celular le indican a la Fiscalía que el oficial lo que en realidad estaba planeando era una masacre. "Retire emboscada. La gente a los sitios reconocidos y que duerman. Todo quedó para esta noche. Pendientes, el cupo viene con el pollo para que salgan a reclamarlo". Envío el mensaje a las 10 y 40 de la mañana a uno de los oficiales bajo su mando. Cinco horas después, a las 3 y 24, le envió otro mensaje de texto al teniente Harrison Castro, quien se encontraba con cuatro suboficiales y 23 soldados profesionales: "Llámeme urgente. Llámeme urgente". Tres horas más tarde, una comisión antidrogas de 10 investigadores de la Dijín y un informante fueron atacados por Castro y sus hombres cuando llegaron a la vereda Potrerito en Jamundí, Valle. Tomado de equipo kizkor y

masacres de Veredas San Carlos, la Balastrera, El Sábalo, la Cristalina y Puerto Colón<sup>633</sup>, masacre en Buenaventura<sup>634</sup>, Masacre en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Veredas de Mulatos y la Resbalozza<sup>635</sup>; Masacre de Caño seco<sup>636</sup>, Masacre de Bahía Portete<sup>637</sup>,

---

semana.com. Tomado de la página: <http://memoriaydignidad.org/memoriaydignidad/index.php/casos-emplomaticos/masacres-1980-a-2010>

<sup>633</sup> Putumayo 29 de julio de 2005 siendo asesinados al menos 29 campesinos del área rural del municipio de San Miguel, de las veredas San Carlos, la Balastrera, El Sábalo, la Cristalina y Puerto Colón. Igualmente se denunció la desaparición de 13 familias de otras veredas vecinas, como la Cabaña y Tres Islas. La masacre de estas personas por parte de los paramilitares según informaron los pobladores del lugar, llevó varios días y se inició el 23 de julio, cuando asesinaron a siete personas que viajaban en una canoa, en el sitio conocido como La Balastrera. *Ibidem*.

<sup>634</sup> El 19 de abril de 2005 hacia las 2:00 de la tarde, un hombre que se transportaba en una motocicleta recorrió los Barrios Punta del Este, Santa Cruz y Palo Seco, pertenecientes al lugar conocido como Comuna 5, en el puerto de Buenaventura. Reunió a 24 jóvenes de estos barrios, supuestamente para ir a jugar un partido de fútbol en Puerto Dagua por el cual les iban a pagar 200 mil pesos (aproximadamente 92 dólares) al equipo que ganara. El 21 de abril, fueron encontrados los cuerpos de 12 de estos jóvenes, quienes habían sido violentamente masacrados. Según las informaciones, los cuerpos presentaban claras huellas de tortura, estaban amordazados, algunos fueron rociados con ácido, a algunos les sacaron los ojos y les dieron un tiro de gracia. Según las informaciones los cadáveres fueron encontrados en la Comuna 12, Barrio el Triunfo, Vereda las Vegas, que está localizada a 5 kilómetros del aeropuerto de Buenaventura, el cual permanece vigilado por miembros de la Infantería de Marina del Ejército Nacional. Según las denuncias, los otros 12 jóvenes que fueron reunidos y llevados supuestamente para jugar al fútbol, hasta la fecha permanecen desaparecidos. *Ibidem*

<sup>635</sup> El 25 de febrero de 2005, ocho personas de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, fueron torturadas, asesinadas, descuartizadas y posteriormente enterradas en fosas comunes. Por estos hechos han sido judicializados miembros del Ejército Nacional -Brigada XVII-, quienes al parecer habrían actuado en conjunto con un grupo de paramilitares del frente "Héroes de Tolova" al mando del paramilitar alias "Don Berna". El proceso ya paso a juicio a 11 militares, tienen los testimonios de varios paramilitares, algunos militares vienen declarando la barbarie de los hechos. Primero asesinaron a Luis Eduardo Guerra, reconocido líder de la Comunidad de Paz; a su hijo Deyner Andrés Guerra, de 11 años, y a Beyaniera Areiza. Después de matarlos con machetes, dejaron sus cuerpos tirados en la montaña. Después mataron a Alfonso Bolívar Tuberquia; a sus hijos Natalia (de 5 años) y Santiago (de 2 años); a su esposa, Sandra Milena Muñoz, y a un trabajador de la finca llamado Alejandro Pérez. Los cuatro primero murieron también a machete. Los niños, según reza la necropsia, "por degüello con arma blanca. *Ibidem*

<sup>636</sup> El 5 de agosto de 2004, en la vereda Caño Seco, del municipio de Saravena, Arauca, tres reconocidos dirigentes sociales fueron asesinados y presentados a la opinión pública como delincuentes. Cuatro años más tarde en 2008, la Procuraduría General de la Nación encontró culpables por este múltiple homicidio a varios militares del Ejército, producto de la operación Tormenta I. *Ibidem*

<sup>637</sup> Bahía Portete. Una denuncia anónima del 3 de mayo, firmada por "Indígenas Wayúu Alta Guajira", dio cuenta de un asalto de escuadrones de la muerte, el 18 de abril del 2004, contra la aldea de Bahía Portete (norte de Colombia), de 580 indígenas, en el que se cometieron torturas y desaparición de niños, violación de adolescentes, asesinato de mujeres y hombres y desmembramiento de los cuerpos de las víctimas. El 15 de abril, tres días antes de la masacre, las autoridades wayúu solicitaron al Estado (Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría, Vicepresidencia de la República, Ejército Nacional) el envío de fuerzas a Bahía Portete para proteger su vida. No hubo respuesta alguna. *Ibidem*

Masacre de Bojayá<sup>638</sup>, Masacre en Naya<sup>639</sup>, Masacre en Chengue<sup>640</sup>, Masacre El Salado<sup>641</sup>, Masacre la Gabarra<sup>642</sup>, Masacre de Barrancabermeja<sup>643</sup>, Masacre de Ituango<sup>644</sup>, Masacre de

---

<sup>638</sup>1 de mayo de 2002. Enfrentamientos entre los paramilitares y las FARC. Una de las pipetas lanzadas por la guerrilla estalló al atravesar el techo de la iglesia e impactar en el altar de la Iglesia. La explosión causó entre 74 y 119 muertos y alrededor 98 heridos, un porcentaje significativo de ellos menores de edad y todos ellos civiles no combatientes. *Ibíd*

<sup>639</sup>10 al 12 de abril de 2001 en el Cauca. La masacre del Naya, ocurrida durante el mes de abril de 2001 se inscribe en la lista de actos de mayor barbarie en la reciente historia del departamento del Cauca. Durante varios días consecutivos, siendo los más cruentos "miércoles y jueves santo" 11 y 12 de abril, alrededor de 500 hombres pertenecientes a las tropas paramilitares del Frente Calima de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en complicidad -al parecer- con soldados de la Tercera Brigada del Batallón Pichincha con sede en Cali incursionaron en las veredas de Patio Bonito, El Ceral, La Silvia, La Mina, El Playón, Alto Seco, Palo Grande y Río Mina, violentando y aniquilando a innumerables habitantes de la región argumentando nexos de la población campesina con grupos guerrilleros, informaron en su momento los pobladores de la zona. Las cifras exactas de cuántas personas fueron asesinadas nunca se conocieron, pero se considera que hubo más de 200 habitantes nayenses muertos, siendo sometidos antes a brutales torturas, mientras que otros tantos se vieron obligados a desplazarse huyendo del terrorismo de estado. Según varias versiones, la masacre se produjo por represalia por los secuestros cometidos en la iglesia La María y en el km. 18 de la vía Cali-Buenaventura por el grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional (ELN). A pesar de las advertencias presentadas oportunamente por las comunidades ante el gobierno nacional, las fuerzas armadas del Estado no hicieron nada por impedir tan anunciada masacre, indicó un medio de comunicación. *Ibíd*.

<sup>640</sup>Chengue, Sucre. Los paramilitares llegaron a Chengue, Jurisdicción del municipio de Ovejas (Sucre) en la madrugada del 17 de enero. Con golpes violentos en las puertas de sus casas, hombres armados les ordenaron salir a la plaza a los pobladores. Estaba oscuro. Los 'paras' habían cortado la energía antes de pasar por cada vivienda. En el parque estaban otras familias del corregimiento. A los hombres los hicieron tenderse en el suelo, boca abajo. Se les sindicó de ser auxiliares de la guerrilla. Recibieron golpes en la cabeza con mazos de moler piedra. Así murieron 24 campesinos. Pocos alcanzaron a escapar. A otros tres se los llevaron y aparecieron muertos al rato (Apartes de SEMANA.COM).

<sup>641</sup>Entre el 15 y el 19 de febrero de 2000, los campesinos de varios corregimientos y caseríos en Córdoba y Sucre fueron víctimas de la sevicia y crueldad de los paramilitares en asociación con la fuerza pública. Uno o a uno de los elegidos en esa muerte indigna, al frente de la iglesia uno tras uno, hasta completar casi 49 personas sometidas al asesinato, al trato cruel, a la tortura, al escarnio. A la mayoría de las víctimas las degollaron, a otras las ahorcaron o fueron muertas a golpes, algunas mujeres fueron sometidas a violencia sexual, a una de ellas la obligaron a comer cactus.

<sup>642</sup>2 de julio de 1999. La Gabarra (Norte de Santander) El día 2 de junio de 1999, el batallón Héroes de Saraguro instaló una base militar permanente en La Gabarra, según se señala en los comunicados de la V Brigada: "para proteger a la población civil de la amenaza paramilitar". Coincidentalmente por esos días las AUC también montaron una base y un retén permanente en el caserío Vetas de Oriente, el cual se localiza entre el casco urbano de Tibú y el municipio de La Gabarra. En este lugar ejecutaron a varias personas en repetidas ocasiones y desde allí salían bajo las ordenes del comandante 'Camilo' para las reuniones sostenidas con comerciantes en La Gabarra, bajo el amparo de la fuerza pública, como también bajo su amparo fue que el 17 de julio, en la noche, los paras pudieron asesinar en el establecimiento "El Morichal", a pocos metros de la estación de Policía, a siete personas en el casco urbano de Tibú, y llevarse a otras 15, de las que aparecieron los cadáveres solamente de seis. Entre el 29 de mayo y el 27 de agosto de 1999 (menos de tres meses), se tiene relación del asesinato de 81 civiles por parte de los paramilitares tanto en el casco urbano de La Gabarra, como en su perímetro rural. Lo anterior consta en el proceso que se cursa en la Fiscalía 2ª de la Unidad Nacional de Derechos Humanos contra el ex comandante del Batallón de Contraguerrilla No. 46 capitán Luis Fernando Campuzano Vásquez, de quien se dice (según consta en el sumario) que para la fecha de las masacres "tenía un vínculo de amistad con las Autodefensas Unidas de

---

Colombia (paramilitares)". El terror se hizo mayor en la región el 21 de agosto del 99, a las 8:20 pm, cuando cerca de 150 paramilitares entraron al perímetro urbano de La Gabarra y permanecieron durante una hora y 20 minutos, tiempo en el que asesinaron a 27 personas, hirieron a 10 más y produjeron el desplazamiento de más de 50 familias. TOMADO DE PRENSA RURAL.

<sup>643</sup> El 16 de mayo de 1998 hacia las 8:30 de la noche, varios vehículos llegaron a Barrancabermeja, transportando entre 30 y 50 hombres que en su poder tenían metralletas, pistolas, machetes y cuchillos. Iniciaron en la Tora el recorrido de la ciudad dedicándose a recoger a sus víctimas, no sin antes maltratarlas y agredirlas. Pararon en una cancha de fútbol en donde se realizaba un bazar, allí habían más de cien personas que fueron cercadas por los paramilitares, luego fueron golpeadas, otras apuñaladas y pateadas, no bastándoles, escogieron algunas que fueron subidas a los camiones. Continuaron su ronda, pasando por bares, billares, calles de los barrios, dispararon contra aquellos que huían tratando de salvaguardar su vida, asesinaron a varios frente a sus casas, delante de la gente que se encontraba en los lugares que visitaron, toda Barranca se entero, menos la fuerza pública del lugar que tenía sus bases militares, puestos de policía como sus retenes, colindando con cada lugar, viéndoles pasar, pero, nunca hizo presencia. (RELATO DE LOS POBLADORES).

<sup>644</sup> Antes del mes de octubre de 1997 el corregimiento de El Aro era un pueblo en el cual vivían más o menos setecientas u ochocientas personas. La presencia paramilitar en dicho corregimiento comenzó a partir del año 1996. El 25 de octubre de 1997 llegaron a El Aro unas "tropas de paramilitares" y formaron una balacera a la entrada del caserío. Entre éstos se encontraba un miembro del Ejército conocido como "Rambo". El grupo armado estaba vestido con uniformes de soldados, con ropa verde oscura. Algunos de ellos tenían una prenda militar en la camisa que decía "Ejército Nacional, Batallón Girardot" (*relato de los pobladores*).

Mapiripán<sup>645</sup>, Masacre de Segovia<sup>646</sup>, Masacre La Rochela, la desaparición de 19 comerciantes<sup>647</sup>, Masacre de Trujillo<sup>648</sup>, desaparecidos del Palacio de Justicia<sup>649</sup>, genocidio de la Unión Patriótica<sup>650</sup>.

---

<sup>645</sup>15 al 20 de julio de 1997. Al amanecer del 15 de julio de 1997, más de 100 hombres armados rodearon Mapiripán por vía terrestre y fluvial, previo a ello reunieron a los habitantes del poblado de Charras y amenazaron de muerte a aquellos que pagaban impuestos a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Los hombres que conformaban el grupo paramilitar, vestían prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, portaban armas de corto y largo alcance, cuyo uso era monopolio del Estado, y utilizaban radios de alta frecuencia. Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, de las comunicaciones y de las oficinas públicas y procedieron a intimidar a sus habitantes, a secuestrar y a producir la muerte de otros. Los testimonios de los sobrevivientes indican que el 15 de julio de 1997, los miembros de esos grupos irregulares separaron a 27 personas relacionadas en una lista como presuntos auxiliares, colaboradores o simpatizantes de las FARC y que estas personas fueron torturadas y descuartizadas. Los paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas y arrojaron sus restos al río Guaviare. Una vez concluida la operación, las AUC destruyeron gran parte de la evidencia física, con el fin de obstruir la recolección de la prueba. Con posterioridad a la ocurrencia de esta cruel masacre, se verificó el desplazamiento forzado de más de quinientas familias de este municipio, hacía diferentes lugares del país. Ibidem.

<sup>646</sup>11 de noviembre de 1998. Valle del Cauca. Al amanecer del 15 de julio de 1997, más de 100 hombres armados rodearon Mapiripán por vía terrestre y fluvial, previo a ello reunieron a los habitantes del poblado de Charras y amenazaron de muerte a aquellos que pagaban impuestos a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Los hombres que conformaban el grupo paramilitar, vestían prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, portaban armas de corto y largo alcance, cuyo uso era monopolio del Estado, y utilizaban radios de alta frecuencia. Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, de las comunicaciones y de las oficinas públicas y procedieron a intimidar a sus habitantes, a secuestrar y a producir la muerte de otros. Los testimonios de los sobrevivientes indican que el 15 de julio de 1997, los miembros de esos grupos irregulares separaron a 27 personas relacionadas en una lista como presuntos auxiliares, colaboradores o simpatizantes de las FARC y que estas personas fueron torturadas y descuartizadas. Los paramilitares permanecieron en Mapiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas y arrojaron sus restos al río Guaviare. Una vez concluida la operación, las AUC destruyeron gran parte de la evidencia física, con el fin de obstruir la recolección de la prueba. Con posterioridad a la ocurrencia de esta cruel masacre, se verificó el desplazamiento forzado de más de quinientas familias de este municipio, hacía diferentes lugares del país. Ibidem.

<sup>647</sup>08 de octubre de 1987 desaparición de 19 comerciantes en Cimitarra y 18 de enero de 1988 masacre comisión judicial en la Rochela en Santander. Existen dos hechos, que aunque distanciados en el tiempo y perpetrados en lugares diferentes tienen conexidad. El primero ocurrió en Cimitarra y Puerto Boyacá en octubre de 1987; el segundo, se registró un par de años después en la La Rochela de Simacota en enero de 1989. Estos hechos han sido relacionados por estar ligados a las dinámicas de las acciones paramilitares en los departamentos de Santander y Norte de Santander. El primero de los casos se refiere a la masacre de 19 personas dedicadas a la actividad comercial de mercancía de contrabando; la segunda masacre se perpetró contra la comisión judicial de 14 personas que investigaba el caso de los comerciales desaparecidos. En los hechos se vio involucrada la XIV Brigada del Ejército según la investigación judicial. Ibidem.

<sup>648</sup>Valle del Cauca 1986-1991. La masacre de Trujillo no fue una masacre perpetrada en un solo día. Está conformada por una cadena de crímenes (cerca de 300) que fue perceptible, en cuanto acción sistemática, desde 1988, aunque ya los primeros casos aparecen desde 1986; que tuvo un clímax de horror entre el 29 de marzo y el 23 de abril de 1990, con un cierto epílogo abierto el 5 de mayo de 1991, cuando fue desaparecido y luego

Considero importante plantear que los grupos de autodefensas y paramilitares que han participado de manera activa en el conflicto armado, en conjunto con las fuerzas militares regulares del Estado Colombiano no son actores directos del conflicto, sino autores colaterales en la comisión de crímenes perpetrados por el Estado y que de acuerdo con los protocolos a los Convenios de Ginebra, no configuran un grupo armado autónomo.

El artículo 43 del Protocolo Adicional I estipula que:

*“1. Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”.*

---

descuartizado el principal testigo. ... El espectáculo cotidiano de cadáveres mutilados arrastrados por las aguas del río Cauca, impresionó a la nación y al mundo pero no a las autoridades judiciales ni administrativas, las cuales guardaron un silencio absoluto mientras en la población de la zona se difundía la consigna según la cual “el que abra la boca flotará al día siguiente en las aguas del río Cauca”. El 17 de abril de 1990 el Padre Tiberio Fernández Mafla, Párroco de Trujillo, fue desaparecido cuando se desplazaba de Tulúa a Trujillo en compañía de otras 3 personas, y el 23 de abril su cuerpo mutilado fue hallado en las aguas del Cauca, cerca del municipio de Roldanillo, mientras sus 3 acompañantes permanecen desaparecidos. TOMADO DE NOCHE Y NIEBLA. Ibidem

<sup>649</sup> El 7 de noviembre de 1985 a las 2:30 p.m. terminó la toma a sangre y fuego del Palacio de Justicia por parte de las Fuerzas Militares, luego que un comando de 35 guerrilleros del Movimiento 19 de Abril (M-19), asaltara la sede de justicia en lo que denominó la "Operación Antonio Nariño por los Derechos del Hombre", con la pretensión de realizar un juicio político al entonces Presidente de la República, Belisario Betancur por el fracaso del proceso de negociación con ese grupo insurgente.

A esas horas de la tarde salieron del Palacio de Justicia, los últimos sobrevivientes, todos eran llevados a la Casa del Florero, conocido por los colombianos, por la historia de independencia. Durante esos dos días ese lugar fue el espacio de los interrogatorios, allí fueron llevados varios de los desaparecidos de la cafetería del Palacio de Justicia según la investigación de la Fiscalía. Luego fueron trasladados a las guarniciones militares y de allí, solo los responsables de la operación militar institucional saben de su paradero indican las investigaciones judiciales. Algunos fueron llevados al Cantón Norte, otros al Batallón Guardia Presidencial. Se cree que algunos después de las torturas fueron asesinados, llevados de nuevo al Palacio de Justicia y colocados entre los restos de personas calcinadas, a otros los enterraron junto con los restos de las víctimas de la erupción del volcán nevado del Ruiz, han manifestado algunos familiares de las víctimas. En la Casa Museo del Florero, el Comandante de la XIII Brigada y el B-2 de esa unidad militar instaló su Cuartel General. El Teniente Coronel Edilberto Sánchez Rubiano, jefe del B-2, coordinó parte de los operativos. El Capitán Miguel Ángel Cárdenas Obando de la Sección 2 de la XIII Brigada; el Mayor Vélez del F-2 de Bogotá; y los Mayores Guillermo León Vallejo y Carlos Fracica Naranjo de la Escuela de Artillería, fueron coordinados por el militar Sánchez. El Comandante de la Escuela de Artillería, Teniente Coronel Luis Alfonso Plazas Vega, fue el coordinador de los operativos de ingreso al Palacio con Tanques Uruburu y Cascabel, con los que rodearon el Palacio de Justicia, lo raquetearon y produjeron el incendio. Ibidem

<sup>650</sup> Desde 1986 hasta el año 2000, se produjeron por lo menos 3.000 homicidios. Ibidem

*2. Los miembros de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto (salvo aquellos que formen parte del personal sanitario y religioso a que se refiere el artículo 33 del III Convenio) son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades.*

*3. Siempre que una Parte en conflicto incorpore a sus fuerzas armadas un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público, deberá notificarlo a las otras Partes en conflicto”.*

Esta normatividad internacional permite la adhesión de grupos paramilitares y de autodefensas a los gobiernos de turno como parte de sus Fuerzas Armadas, cuanto afirma que Las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte.

Precisamente en Colombia, el ordenamiento jurídico interno ha permitido y legitimado la participación de estos grupos a la luz de la legalidad. Primero, con la incursión de la política chulavita<sup>651</sup> y el nacimiento de los grupos de autodefensas como Los Pájaros<sup>652</sup> de la violencia bipartidista de las décadas del 40 y 50; luego, con la expedición del Decreto 3398 de 1965 durante el periodo en que se conformaron los grupos insurgentes; y finalmente con el nacimiento y consolidación de las Convivir y los decretos de recompensas para los militares que presenten positivos, expedidos bajo el gobierno de Álvaro Uribe Vélez<sup>653</sup>.

---

<sup>651</sup> Chulavita es, pues, una vereda como cualquiera de las centenares veredas boyacenses, sin embargo su nombre quedó estampado en la historia colombiana por la violencia que desplegaron sus habitantes en otras regiones del país, con todos los matices de crueldad y sevicia.

En el occidente colombiano se recuerda con horror a los chulavitas; fueron la personificación de lo más ruin del género humano con las masacres, las torturas, los desplazamientos y los asesinatos selectivos de los dirigentes liberales. Actuaron especialmente bajo los gobiernos de Mariano Ospina Pérez y Laureano Gomez desde 1948. Su filosofía política, radicaba en un estado fuerte y centralista, basado en los principios de autoritarismo, militarismo y nacionalismo; y su objetivo era neutralizar a las guerrillas liberales, pero debido a su aguerrido conservatismo, iniciaron una persecución contra toda persona partidaria de una Ideología distinta a la conservadora, lo que los llevó a ser responsables de varias masacres. Los chulavitas no fueron una fracción armada ilegal ante los ojos del gobierno y de ninguna autoridad, si no como otra autoridad, pero el gobierno no le brindó un apoyo sólido y directo a sus accionares, a pesar de ser conservador; aunque personas que vivieron en aquellos tiempos, especialmente liberales, dicen que durante los gobiernos conservadores de Mariano Ospina Pérez, Laureano Gómez, y de Roberto Urdaneta, hubo mucha impunidad por parte de las autoridades ante los accionares de Los Chulavitas. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Los\\_Chulavitas](https://es.wikipedia.org/wiki/Los_Chulavitas).

<sup>652</sup> Se les denominó así, porque eran sicarios que por su comportamiento furtivo asesinaban y huían rápidamente. Su política, radicaba en un estado fuerte y centralista, basado en los principios de autoritarismo, militarismo y nacionalismo, y cercano a la iglesia católica, por lo cual manifestaban principios clericales; y su objetivo era asesinar a toda persona, ya fuera campesino o habitante de pueblo liberal, y disponer de sus propiedades, las cuales eran expropiadas por los grandes oligarcas conservadores o dadas a los asesinos como pago adicional. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Pájaros>.

<sup>653</sup> La Ley 782 de 2002 creó el Fondo Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana para operaciones de redes de inteligencia y recompensas a desmovilizados que colaboraran con la justicia. El Decreto 128 de 2003



En este sentido, se han presentado diversas modalidades del actuar paramilitar a lo largo de la historia de Colombia: Por una parte, como grupos de defensa privada armada para la defensa de intereses bipartidistas; por otra parte, para la defensa del Estado en la lucha contra la subversión y, finalmente, para la defensa de sus propios intereses económicos y de los dueños de los grupos económicos incursionando de manera directa, en la clase política que toma decisiones; todos con un común denominador: el desplazamiento de la población, especialmente, en el sector rural para que la tierra y los recursos naturales sigan perteneciendo a los grandes terratenientes de este país y a las multinacionales que explotan los recursos naturales sin ningún control.

Pero a nivel jurídico, en este escenario, tenemos varias dificultades para establecer si los grupos de autodefensas deben o no hacer parte de uno de los actores del conflicto que son las fuerzas militares de Colombia o si por el contrario se puede decir que constituyen un grupo autónomo.

En este sentido, se presentan varias hipótesis:

*Los grupos paramilitares hacen parte de la Fuerza Armada de una Parte del conflicto:*

Se podría afirmar, que tal como lo menciona el artículo 43 del Protocolo I, “si las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte” los grupos paramilitares, junto con las Fuerzas Militares, conformarían una de las partes de las fuerzas del conflicto, frente a las Fuerzas Armadas de la Insurgencia, que serían la parte contraria.

En este escenario, solo habría dos actores el conflicto armado, esto es, las Fuerzas Armadas de Colombia junto con los grupos paramilitares, y los integrantes de los grupos subversivos; caso en el cual, el Estado debería responder por los crímenes y las graves violaciones contra los DH y el DIH cometidos por estos grupos; no solamente a nivel pecuniario, sino también ante la jurisdicción penal. Esta responsabilidad no solamente se deriva de los crímenes cometidos; también por la política de Estado en la creación, implementación, dotación y

---

estableció bonificaciones por colaboración, al igual que el decreto 2767 de 2004 y se reforzó con las directivas del Ministerio de Defensa No 029 de 2005 y 015 y 016 de 2007, completadas por el decreto 1400 del 5 de mayo de 2006, por el cual se creó la bonificación por operaciones de importancia nacional, Boina; y por el decreto 1058 de 2008.

fortalecimiento de estos grupos; del carácter exclusivo de la fuerza pública en cabeza del Ejército y la Policía, según la Constitución.

Este es el caso de los grupos que fueron conformados mediante decretos y leyes internas que permitieron y legalizaron la incursión de estos grupos armados, dotándolos de armamento, de uniformes, de facultades para realizar actividades que por su naturaleza son de exclusiva atribución de las Fuerzas Armadas<sup>654</sup> legítimamente constituidas, cuya finalidad primordial “es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”<sup>655</sup>.

*Los grupos paramilitares NO hacen parte de la Fuerza Armada de una Parte del conflicto:*

En esta segunda hipótesis, el artículo 47 del Protocolo I establece que:

*“1. Los mercenarios no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.*

*2. Se entiende por mercenario toda persona:*

*a) que haya sido especialmente reclutada, localmente o en el extranjero, a fin de combatir en un conflicto armado;*

*b) que, de hecho, tome parte directa en las hostilidades;*

*c) que tome parte en las hostilidades animada esencialmente por el deseo de obtener un provecho personal y a la que se haga efectivamente la promesa, por una Parte en conflicto o en nombre de ella, de una retribución material considerablemente superior a la prometida o abonada a los combatientes de grado y funciones similares a las fuerzas armadas de esa Parte;*

*d) que no sea nacional de una Parte en conflicto ni residente en un territorio controlado por una Parte en conflicto;*

*e) que no sea miembro de las fuerzas armadas de una Parte en conflicto; y*

*f) que no haya sido enviada en misión oficial como miembro de sus fuerzas armadas por un Estado que no es Parte en conflicto”.*

En este contexto, con excepción del literal d), todos los demás requisitos se cumplirían para considerar como mercenarios a los grupos de autodefensas o paramilitares; caso en el cual, *no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.*

En este sentido, el Estado también sería responsable por el reclutamiento de estas personas para la conformación, a cambio de una retribución, los grupos de autodefensas para que tomar

---

<sup>654</sup> CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 1991. “Artículo 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.

<sup>655</sup> CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 1991, art. 217.

parte directa en las hostilidades. Es claro entonces, que los integrantes de los grupos de autodefensas no podrían considerarse como uno de los actores del conflicto y en consecuencia, *no tendrán derecho al estatuto de combatiente o de prisionero de guerra.*

Según estas hipótesis, el rol de los miembros de las autodefensas y grupos paramilitares en el conflicto armado no los configura como un actor autónomo del conflicto armado. En la primera hipótesis, porque para que los miembros de las autodefensas sean cobijados por el Estatuto del combatiente, el Estado colombiano tendría que reconocerlo oficialmente. Debe someterlos *a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, inter alia, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados* y debe también notificar a las otras partes del conflicto la incorporación a sus fuerzas armadas de *un organismo paramilitar o un servicio armado encargado de velar por el orden público.*

En la segunda hipótesis, porque a los mercenarios no los cobija el estatuto del combatiente, teniendo en cuenta que así hagan parte de las hostilidades en el conflicto interno, tienen sus propios intereses: obtener provecho personal y una retribución material.

Al llegar a este punto de nuestra investigación, es necesario analizar si realmente la LJP busca la reconciliación nacional a partir de los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, si considera a los integrantes de los grupos de autodefensas ajenos a la política de Estado creada para *exterminar* a los grupos subversivos y como actores autónomos del conflicto armado; cuando todo indica que no lo son; abstrayéndose de sus propias responsabilidades políticas, administrativas y penales.

Si los miembros de estos grupos no son actores del conflicto, la razón de ser de la ley es ineficaz, porque no es con su desmovilización colectiva que se va a lograr la paz; sino que solamente se configura una política más de delación y sometimiento a la justicia a cambio de disminución punitiva, por su participación como autores materiales de crímenes que en realidad obedecen a una política de Estado para la consolidación y beneficio de los grupos económicos y de la clase política.

Sobre estas consideraciones continuamos nuestro estudio, pero previamente vale la pena recordar que para esta investigación es fundamental determinar el rol de los grupos de postulados –autodefensas y subversión– en la LJP, ya que de esto depende, nada más y nada menos, que la construcción del contexto; que desde ya podemos avizorar, solo se compadece con la construcción de la verdad y la memoria histórica de manera parcial.

Las autodefensas solamente han sido un instrumento más para generar violencia y temor entre la población, pero no han sido los ideólogos de tantas formas de violencia y de miedo que han asolado al país durante décadas.

### ***Las Fuerzas Militares***

De acuerdo con el análisis precedente, a diferencia del planteamiento inicial, en el cual las Fuerzas Militares legítimamente constituídas apoyaban a los grupos de autodefensas, se puede inferir todo lo contrario: que son los grupos de autodefensas los que han apoyado la política de Estado y de sus fuerzas militares de *acabar* con los grupos subversivos, sus colaboradores, líderes sindicales y sectores sociales disidentes. La razón no es otra que mantener y consolidar un sistema económico cada vez más desigual; un sistema político de corrupción; una mayor monopolización de la tierra y los recursos naturales y el manejo de los negocios de las armas y el narcotráfico.

Durante el tiempo que ha durado el conflicto armado en Colombia, el papel de las Fuerzas Militares se ha desarrollado en doble vía: la primera, actuando dentro de su rol constitucional en virtud del cual tiene como finalidad primordial “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional”; y la segunda, actuando conjuntamente con grupos armados al margen de la ley como las autodefensas y grupos paramilitares, que son patrocinados por grupos políticos y económicos para exterminar la subversión.

Es así como, por ejemplo, en la Sentencia del 24 de febrero de 2015 del Tribunal de Bogotá, se afirma, dentro de las formas de cooptación de la institucionalidad que

*“353. De lo demostrado en este contexto, es posible inferir que el fenómeno paramilitar en Arauca se dio gracias a la anuencia de algunos miembros de la fuerza pública y un sector político regional. De hecho, el Bloque utilizó varias estrategias para capturar la débil institucionalidad y la representación política local y regional, especialmente sobre algunos miembros del ejército, la policía, los cuerpos de seguridad (DAS y CTI), alcaldes, gobernadores, entre otros, quienes se involucraron en el accionar criminal de la estructura armada ilegal, como se verá a continuación”*<sup>656</sup>.

---

<sup>656</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. Magistrada Ponente: ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ Rad. 110016000253200883612-01 Postulado: Orlando Villa Zapata y otros Concierto para delinquir y otros Sentencia Bogotá D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil quince (2015).

El *modus operandi* del ejército, la policía y demás agentes del Estado en su apoyo a las autodefensas se presentó de diferentes maneras: recibiendo dinero y conformando nómina de pago para los integrantes de la policía y la fuerza pública<sup>657</sup>, capturando a los integrantes de la subversión y, luego de dejarlos en libertad, suministrar la información al bloque de las autodefensas para que fueran ultimados<sup>658</sup>; el apoyo de la Fuerza Aérea del Ejército a los paramilitares, para que en caso de desventaja militar con las subversión, recibieran el apoyo<sup>659</sup>.

Según el Sentencia del Tribunal de JyP,

*“Fue una constante en todos los grupos paramilitares, que en la medida en que iban asentándose en los territorios y controlando o expandiendo su dominio a otros, se confabularan con la fuerza pública o actuaran bajo su connivencia; asimismo, lograran un acercamiento con sectores económicos y políticos”*.<sup>660</sup>

Esto se puede corroborar con las sentencias condenatorias proferidas por la CoIDH contra Colombia, que serán objeto de estudio en el siguiente capítulo, el cual permitirá dilucidar que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos por la fuerza pública constituyen una política de Estado.

---

<sup>657</sup>Según el informe de policía judicial No 688233 de junio de 2012, presentado por la delegada de la fiscalía, Yesid Baena Toro, alias “Martín”, quien era un ex funcionario de la policía en Bogotá que tenía contactos, manejaba fuentes de ciertos funcionarios corruptos en la ciudad, genera unas nóminas con agentes de la policía y ejército desde el 2001. Según VILLA ZAPATA, eran destinados 50 millones de pesos mensuales para “Martín”, quien tenía la autonomía para manejar la nómina, es decir, les asignaba las tareas y les pagaba los salarios. Audiencia de control formal y material de Cargos, realizada el 20 de junio de 2012. Audio 1.Minuto 40:00. Pág. 415. Sentencia Tribunal ibídem.

Según la delegada de la fiscalía 22, “Estos pagos debían ser cumplidos, si se llegaba al día seis y no había pago, entonces la policía hacía pesquisas y capturaba a los urbanos. Por la salida cobraban entre \$1 millón y \$2 millones de pesos, y si incautaban armas se las revendían al grupo paramilitar. Y si los paramilitares no la compraban, entonces se la ofrecían a la guerrilla”. Informe de policía judicial No 688233 de junio de 2012, presentado en audiencia de control formal y material de Cargos, realizada el 20 de junio de 2012. Audio 1. Minuto 48:00 (pág. 416)

<sup>658</sup>Según el ente fiscal, “en Tame colaboraba el mayor Basto y el teniente Cardozo, quienes retenían a presuntos colaboradores de la guerrilla en la estación de policía de Tame que luego de ser puestos en libertad, eran denunciados al bloque para que fueran ultimados. Esto sucedió de igual manera en Saravena con el capitán Suasa y el teniente Trujillo”. Audiencia de control formal y material de Cargos, realizada el 20 de junio de 2012. Audio 1. Minuto 54:00. Pág. 415 sentencia del Tribunal ibídem.

<sup>659</sup>Audiencia de control formal y material de Cargos, sesión de 17 de abril de 2012. Intervención de Miguel Ángel Mejía Múnera. (415)

<sup>660</sup>TRIBUNAL DE JUSTICIA Y PAZ. Sentencia de 02 de febrero de 2015 contra alias “Cuco Vanoy”.

### ***El fenómeno de la parapolítica.***

Este Surge como consecuencia de los procesos penales adelantados contra los políticos que fueron alcanzados por el sistema penal por patrocinar, apoyar y participar en la comisión de los graves crímenes contra la humanidad cometidos por los grupos de autodefensas, pero apoyada y liderada por la clase política de este país.

Los mecanismos para garantizar la impunidad de estos crímenes, diseñados unos por la misma clase política dentro de la *legalidad* y otros que la han trascendido, han sido identificados en el Informe Colombia Nunca Más<sup>661</sup> han sido considerados.

*La ausencia o indebida tipificación de los crímenes de lesa humanidad.* Frente a este aspecto basta con decir que en el Código Penal Colombiano no se ha dispuesto aún y título específico para los de crímenes de lesa humanidad, ya que tienden a confundirse con los crímenes contra el DIH que fueron incorporados a la legislación penal con la Ley 599 de 2000.

La dificultad para la víctimas de acceder a la información de los procesos y el carácter reservado de muchas de aquellas, hacen que se genere menor participación de las víctimas.

Dentro de los no legales, de acuerdo con el Reporte de la Fiscalía de la CPI<sup>662</sup>, se ha podido constatar el fenómeno de la parapolítica como parte del apoyo de los servidores públicos con los grupos de autodefensas, que lograron infiltrarse en gran parte de las instituciones del Estado.

Como consecuencia de las versiones libres realizadas por los desmovilizados y postulados, en la LJP se ha revelado la alianza entre grupos paramilitares y congresistas, funcionarios públicos, miembros de las fuerzas militares y de la policía.

Según la Corte suprema de Justicia<sup>663</sup>, se ha reportado que funcionarios públicos han realizado pactos con paramilitares con arreglo, a los cuales estos últimos utilizaban su control militar sobre amplias zonas del país para asegurar victorias electorales y proveer garantías de

---

<sup>661</sup>COLOMBIA NUNCA MÁS. Anexo 1. Crímenes de lesa humanidad. Zona 7 1966. Este libro ha sido editado en Internet el 10 de mayo de 2001 por el Equipo Nizkor y Derechos Human Rights.

<sup>662</sup>CPI. INFORME DE FISCALÍA / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012.

<sup>663</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto, Radicación 28540, 18 de noviembre de 2009,. Tribunal Superior de Justicia de Bogotá, Sala de Conocimiento de JyP, “Decisión de Control de Legalidad en el caso contra Gian Carlos Gutiérrez Suárez, alias El Tuerto (Bloque Calima), 30 de septiembre de 2010, Radicado 110016000253200880786. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia condenatoria en el caso contra el ex senador Álvaro García Romero, Radicado 32805, 23 de febrero de 2010, pág. 100, nota 70.

seguridad con fines lucrativos y, en última instancia, para obtener control de las instancias del Estado.

Este fenómeno, también conocido como *parapolítica*, ha afectado a amplios sectores de la administración pública y ha dado lugar a la infiltración del poder paramilitar en las instituciones del Estado<sup>664</sup>. La Corte Suprema ha constatado que líderes paramilitares apoyaron a candidatos a ocupar cargos públicos en zonas en las que ejercían poder militar, intimidando a los votantes para que salieran elegidos los candidatos de su preferencia<sup>665</sup>

Según el Reporte, las Salas de Justicia y Paz de los Tribunales Superiores y la CSJ han revelado que se concluyeron pactos implícitos y explícitos entre paramilitares y ciertos políticos y otros funcionarios públicos, como el *Pacto Santa Fe de Ralito*, firmado el 23 de julio de 2001 entre líderes de varios grupos paramilitares y congresistas, alcaldes, gobernadores y otros particulares, que operaban en las regiones de Sucre, Bolívar, Córdoba, Cesar y Magdalena 253; y el *Pacto de Chivolo*, firmado el 28 de septiembre de 2000, en el que Rodrigo Tovar Pupo, alias “Jorge 40”, líder del Bloque Norte, endorsó la candidatura del antiguo congresista José Domingo Dávila Armenta, al cargo de gobernador de Magdalena<sup>666</sup>.

El principal delito por el cual se les ha condenado es “concierto para delinquir”, que ocurre “cuando varias personas se conciertan con el fin de cometer delitos”<sup>667</sup>, esto es, acordar cometer actividades criminales<sup>668</sup>. Dicho acuerdo no tiene que ser explícito<sup>669</sup>.

En el reporte se indica que:

---

<sup>664</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia contra José María Imbeth Bermúdez, 12 de enero de 2012, Rad. 35227, p. 5, párr. 4.

<sup>665</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia contra ex senadores Juan Manuel López Cabrales y Reginaldo Montes Álvarez, Radicado 26942, 18 de marzo de 2010. Véase también: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Auto del 18 de noviembre de 2009. Rad. 28540; CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia condenatoria en el caso contra el ex senador Álvaro García Romero. Rad. 32805, 23 de febrero de 2010, p. 100, nota 70.

<sup>666</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia contra ex senador José Domingo Dávila Armenta, 23 de febrero de 2011. Rad. 32996, p. 61.

<sup>667</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P.Col.), art. 340.

<sup>668</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia contra Alvaro Araujo Castro, 18 de marzo de 2010. Rad. 27032, pp. 137-139.

<sup>669</sup>CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-241/97, “Concierto para delinquir en materia de estupefacientes,”. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc\\_sc\\_nf/1997/c-241\\_1997.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cc_sc_nf/1997/c-241_1997.html)

*“Aunque los casos mencionados se entendieron como delitos comunes, en algunos casos además de pronunciar condenas por concierto para delinquir, la Corte Suprema ordenó investigar a funcionarios públicos por presuntos crímenes de lesa humanidad. En ese contexto, la Corte Suprema ha ordenado que se abran investigaciones contra por lo menos 12 ex congresistas con el fin de determinar si son responsables de otros crímenes. La Corte Suprema ordenó las investigaciones tras determinar que estas personas habían formado parte del grupo paramilitar Bloque Norte de las AUC, del Bloque Tolima, del Bloque Elmer Cárdenas, del Bloque Bananero, del Bloque Arles Hurtado y del Bloque Norte de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá”<sup>670</sup>.*

La parapolítica ha sido parte de la política del Estado, no solo para promover, financiar y consolidar los grupos de autodefensas, sino como un mecanismo, que no es novedoso en Colombia: desplazar a la población del campo para usurparles las tierras. El conflicto armado colombiano, ha sido originado, mantenido y consolidado por la clase política y económica del país en busca de consolidar la propiedad sobre la tierra y fortalecer aún más sus grupos económicos. Para esto, se ha servido de los políticos, las fuerzas militares y los grupos de autodefensas, que no son autónomos, sino que hacen parte de una política de Estado.

*“A pesar de los persistentes desafíos, las Salas de Justicia y Paz y la Corte Suprema han pronunciado un número importante de sentencias contra líderes paramilitares superiores y congresistas. De momento, no hay fundamentos para determinar si tales casos están viciados por la falta de voluntad o la incapacidad de llevar a cabo las actuaciones genuinamente”.* (párr. 208)

Esto implica que se continuarán adelantando estas investigaciones en el marco de la Justicia ordinaria, porque la Fiscalía del CPI considera que hay voluntad por parte del Estado para juzgar y condenar estos casos.

#### **3.2.4. Carácter vinculante de los fallos de la CoIDH.**

Para probar la hipótesis que se ha venido sosteniendo a lo largo del presente escrito, en el sentido que uno de los mayores autores generadores de las violaciones y la realización de crímenes de lesa humanidad son los agentes del Estado, quienes de manera autónoma, en conjunto con los grupos de autodefensas y en connivencia con la clase política y los grupos económicos, han sido los autores de gran parte de estos crímenes.

Sin incursionar en mayores elementos de prueba frente a la magnitud de los hechos de graves violaciones a los DH y al el DIH, se revisará un mínimo de los hechos que han trascendido las fronteras de Colombia; aquellos hechos y masacres por los cuales la CoIDH ha

---

<sup>670</sup>CPI. INFORME DE FISCALÍA / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012. Item. 179.



condenado al Estado colombiano, sin que esto signifique necesariamente responsabilidad penal para muchos de los autores, especialmente para los autores mediatos, sino más bien condenas de carácter administrativo contra el Estado.

En el presente análisis se ha encontrado que hubo tres patrones de criminalidad en la comisión de estos crímenes: 1. La realización de estos de manera directa por las Fuerzas Militares; 2. Su comisión en coadyuvancia con los grupos paramilitares; y 3. La omisión del cumplimiento del deber de la Fuerza Pública, para que los grupos paramilitares cometieran estas conductas.

La CoIDH ha documentado durante varios años la existencia en Colombia de numerosos casos de vinculación entre paramilitares y miembros. Según el informe conjunto rendido en 1994 por los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre la tortura y sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, señaló en su tercer informe sobre los DH que las violaciones habían sido tan numerosas, frecuentes y graves en los últimos años que no podían tratarse como si fuesen meros casos aislados o individuales de mala conducta por parte de oficiales de graduación media o inferior sin imputar ninguna responsabilidad política a la jerarquía civil y militar.

Afirma igualmente, que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hace constante referencia en sus informes al alto índice de impunidad de las violaciones de DH y el DIH cometidas como consecuencia de procesos penales y de investigaciones disciplinarias abiertos en contra de miembros de la Fuerza Pública y de paramilitares que no desembocan en el establecimiento de responsabilidades ni en las correspondientes sanciones<sup>671</sup>.

Para ilustrar el tema se hace necesario indicar los hechos por los cuales la CoIDH ha proferido varias sentencias condenatorias contra el Estado Colombiano, que representan un mínimo de la magnitud de los crímenes de Estado:

### **1.- Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia<sup>672</sup>.**

El 7 de febrero de 1989, en la vereda Guaduas, jurisdicción del Municipio de San Alberto, Departamento de El Cesar; Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana fueron

---

<sup>671</sup>CoIDH. *Caso Puerto Bello Vs Colombia*. Sentencia condenatoria., pp. 102 y 103.

<sup>672</sup>CoIDH, *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*. Sentencia del 8 de Diciembre de 1995 (Fondo).

capturados por una patrulla militar conformada por unidades del Ejército, adscrita a la Quinta Brigada.

La detención se habría producido por la participación del señor Isidro Caballero Delgado como dirigente sindical del magisterio. María del Carmen Santana,

*“Colaboraba con Isidro Caballero Delgado promoviendo la participación del pueblo para la realización del “Encuentro por la Convivencia y la Normalización” que se realizaría el 16 de febrero de 1989 en el Municipio de San Alberto. Esta era una actividad organizada por el “Comité Regional de Diálogo”, cuyo objetivo era “procurar una salida política al conflicto armado, propiciando encuentros, foros y debates en diferentes regiones”. (CoIDH, p. 2).*

Javier Páez, habitante de esa región y quien les sirvió de guía a Isidro y a María del Carmen, fue retenido por el Ejército, torturado y dejado en libertad posteriormente. Debido a los interrogatorios a que fue sometido y a las comunicaciones de radio de la patrulla militar que lo retuvo, supo de la captura de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana y, una vez puesto en libertad, dio aviso a las organizaciones sindicales y políticas a las que ellos pertenecían (p 2).

Según la declaración rendida por Gonzalo Arias Arturo el 24 de noviembre de 1994 en la Base Morrión, se celebró una reunión de oficiales presidida por el general Alfonso Baca Perillas, comandante de la Quinta Brigada del Ejército y se acordó comisionar al Capitán Héctor Alirio Forero Quintero y otro Capitán para organizar un grupo y capturar a Isidro Caballero Delgado, quienes vestidos de guerrilleros detuvieron un bus y ordenaron a los pasajeros que bajaran siendo detenido junto con una señora y posteriormente entregados a los paramilitares de la Finca Riverandia, quienes los amarraron y los echaron en un camioncito, los torturaron y los mataron y que la operación fue coordinada en la Quinta Brigada del Ejército.

La CoIDH consideró que existían pruebas suficientes para inferir la razonable conclusión de que la detención y la desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana fue efectuada por personas que pertenecían al Ejército colombiano y por varios civiles que colaboraban con ellos (p. 19). Quedado establecida la responsabilidad de Colombia por la captura de carácter ilegal y la presunta muerte de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana, le es imputaba la violación de los derechos a la libertad personal y a la vida de las personas mencionadas, garantizados por los artículos 7 y 4 de la Convención (p. 22).

## 2.- Caso las Palmeras Vs. Colombia<sup>673</sup>.

Esta condena es la primera referida a lo que posteriormente se denominó *falsos positivos*<sup>674</sup>, lo que se ha convertido en una práctica permanente, especialmente durante el periodo presidencial de 2002 a 2010.

El 23 de enero de 1991 el comandante departamental de la Policía de Putumayo ordenó a miembros de la Policía Nacional llevar a cabo una operación armada en la localidad de Las Palmeras, Municipio de Mocoa, Departamento de Putumayo, apoyada por efectivos del Ejército, quienes abrieron fuego desde un helicóptero e hirieron al niño Enio Quinayas Molina, que contaba con seis años en ese entonces y se dirigía a la escuela; mientras que la policía detuvo en la escuela y sus alrededores al maestro Cuarán Muchaviso y a los trabajadores Cerón Gómez y Pantoja, a los hermanos William Hamilton y Edebraes Cerón y a otra persona no identificada que podría ser Moisés Ojeda o Hernán Lizcano Jacanamejoy. Al menos 6 de estas personas fueron ejecutadas extrajudicialmente por la policía.

Los miembros de la Policía Nacional y del Ejército realizaron numerosos esfuerzos para justificar su conducta, vistiendo con uniformes militares los cadáveres de algunas de las personas ejecutadas, quemando sus ropas, amenazando a varios testigos y presentando siete cadáveres como pertenecientes a subversivos muertos en un presunto enfrentamiento. Entre esos cadáveres se encontraban seis cuerpos de las personas detenidas por la Policía y un séptimo, cuyas circunstancias de muerte no han sido esclarecidas (p. 2).

El Estado dispuso que la Justicia Militar fuera la encargada de la investigación de los hechos acaecidos en Las Palmeras, la cual se llevó a cabo durante más de 7 años –hasta el traslado de la causa a la justicia ordinaria– sin obtener resultados positivos respecto de la individualización y condena de los responsables (p. 19).

---

<sup>673</sup> CoIDH, *Caso las Palmeras Vs. Colombia*. Sentencia del 6 de diciembre de 2001, (Fondo).

<sup>674</sup> CoIDH. *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004. Sentencia emitida por el Tribunal Superior Militar el 17 de marzo de 1998 (expediente de prueba presentada por el Estado el 18 de abril de 2002, la cual fue solicitada siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte -párrafo 68 de la demanda-, tomo II, anexo 9, folios 1496 a 1498); e informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias sobre la visita a Colombia realizada del 11 al 20 de octubre de 1989, E/CN.4/1990/22/Add.1 de 24 de enero de 1990 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo B9, folio 965), p. 3.

La CoIDH declaró la responsabilidad del Estado por la muerte de los señores Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, William Hamilton Cerón Rojas y Edebraes Norberto Cerón Rojas (p. 23).

### **3. Caso 19 comerciantes Vs. Colombia<sup>675</sup>.**

Los comerciantes<sup>676</sup> se dedicaban a actividades tales como transporte de mercaderías o de personas, compra de mercancías en la frontera colombo-venezolana y venta de las mismas en las ciudades de Bucaramanga, Medellín e intermedias. La *cúpula* del grupo paramilitar que tenía gran control en el Municipio de Puerto Boyacá realizó una reunión, en la que se tomó la decisión de matar a los comerciantes y apropiarse de sus mercancías y vehículos, en virtud de que éstos no pagaban los *impuestos* que cobraba el referido grupo paramilitar por transitar con mercancías en esa región y debido a que consideraban que las presuntas víctimas vendían armas a los grupos guerrilleros de la región del Magdalena Medio, que compraban en Venezuela. Esta reunión se realizó con la aquiescencia de algunos oficiales del Ejército, quienes estaban de acuerdo con dicho plan (p.4 ss.).

El 4 de octubre de 1987 los comerciantes partieron desde Cúcuta hacia Medellín en un camión, una camioneta, un taxi y un jeep, transportando mercancías para venderlas; el 06 de octubre, en la tarde, pasaron por el caserío de Puerto Araujo, donde fueron requisadas por miembros de las Fuerzas Militares. El teniente a cargo simplemente verificó si éstos llevaban o no armas y les permitió seguir, haciendo caso omiso de la cantidad considerable de mercancías de contrabando que logró detectar.

En la tarde de ese mismo día, fueron detenidos por miembros del grupo paramilitar<sup>677</sup> o grupo delictivo que operaba en el Municipio de Puerto Boyacá, cerca de la finca *El Diamante*;

---

<sup>675</sup>CoIDH, *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia condenatoria de 05 de julio de 2004. (Fondo, Reparaciones y Costas.)

<sup>676</sup>CoIDH. *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004. 85 a) Los señores Álvaro Lobo Pacheco, Gerson Javier Rodríguez Quintero, Israel Pundor Quintero, Ángel María Barrera Sánchez, Antonio Flórez Contreras, Víctor Manuel Ayala Sánchez, Alirio Chaparro Murillo, Álvaro Camargo, Gilberto Ortiz Sarmiento, Reinaldo Corzo Vargas, Luis Hernando Jáuregui Jaimes, Luis Domingo Sauza Suárez, Juan Alberto Montero Fuentes, Rubén Emilio Pineda Bedoya, Carlos Arturo Riatiga Carvajal, Juan Bautista, Alberto Gómez (posiblemente de segundo apellido Ramírez) y Huber Pérez (posiblemente de segundo apellido Castaño)

<sup>677</sup> 84.d) En 1984 se conformó en el Municipio de Puerto Boyacá un “grupo de autodefensa” denominado Asociación de Campesinos y Ganaderos del Magdalena Medio (ACDEGAM), el cual en sus inicios tenía fines sociales y de defensa contra posibles agresiones de la guerrilla. Con el tiempo esta agrupación derivó en un grupo “paramilitar” o delincriminal, que no solo pretendía defenderse de la guerrilla sino también atacarla y erradicarla.

en la noche o al día siguiente, el grupo paramilitar que operaba en el Municipio de Puerto Boyacá dio muerte a los 17 comerciantes: descuartizaron sus cuerpos y los lanzaron a las aguas del caño El Ermitaño, afluente del río Magdalena, frente al sitio Palo de Mango (p. 42).

Según la Corte, A pesar de que en la época de los hechos las autoridades de la Fuerza Pública de Puerto Boyacá tenían conocimiento de que el grupo paramilitar que operaba en esa zona tenía gran control sobre ésta y actuaba en contravención de la ley, “*les dejaron [tomar] ventaja y descuidaron su control y vigilancia*” (p. 46) y la impunidad parcial existente en este caso ha causado y sigue causando sufrimiento a los familiares de las presuntas víctimas (p. 60).

#### **4.- Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia<sup>678</sup>**

El 12 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros de las AUC aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare, fueron recogidos por miembros del Ejército permitiendo el aterrizaje de las aeronaves que los transportaban, facilitando su transporte hasta Mapiripán e irrumpiendo el 14 de julio en el poblado de Charras, vestidos con uniformes de uso privativo de las Fuerzas Militares, donde reunieron a los habitantes en la plaza principal y les repartieron la revista *Colombia Libre*, con un inserto titulado *Al Pueblo de Guaviare*, firmado por el Frente Guaviare de las AUC, que amenazaba de muerte a todo aquel que “pagara impuestos” a las FARC.

Según el acervo probatorio recaudado por la Corte, el 14 de julio de 1997, a las cuatro y media de la mañana, llegaron aproximadamente 120 sujetos armados de las autodefensas del Urabá y Córdoba de Carlos Castaño Gil. Habían llegado de San José del Guaviare en un avión Hércules de las Fuerzas Armadas, y todos los días “yo miraba pasar gente secuestrada, con las manos amarradas atrás y amordazadas en la boca, para ser cruelmente asesinadas en el matadero de Mapiripán. Escuchábamos todas las noches gritos de personas que estaban siendo torturadas y asesinadas, pidiendo auxilio”.

---

Este grupo tenía gran control en los Municipios de Puerto Boyacá, Puerto Berrío y Cimitarra y se encontraba comandado por Gonzalo Pérez y sus hijos Henry y Marcelo Pérez. En la época en que ocurrieron los hechos de este caso el Magdalena Medio era una región en la cual había una intensa actividad de lucha del Ejército y las “autodefensas” contra los guerrilleros, en la cual los altos mandos militares de la zona no sólo apoyaron al referido “grupo de autodefensa” para que se defendiera de la guerrilla, sino que además lo apoyaron para que adoptara una actitud ofensiva (p. 38).

<sup>678</sup> CoIDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

El 15 de julio de 1997, el brigadier general Jaime Humberto Uscátegui Ramírez, comandante de la VII Brigada del Ejército, tuvo conocimiento de la presencia de las AUC en Mapiripán y del inminente atentado contra la vida de sus habitantes, exhibiendo completa inactividad funcional y operativa, y desplegando de las tropas del batallón, desde San José del Guaviare hacia otras localidades, dejando desprotegidas a las poblaciones de dicho lugar y de Mapiripán (p. 46).

El 15 de julio de 1997, las AUC separaron a 27 personas identificadas en una lista, como presuntas auxiliares, colaboradores o simpatizantes de las FARC, que fueron torturadas y descuartizadas. Los paramilitares permanecieron en Mapiripán del 15 al 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes del municipio; y torturaron, desmembraron, desvisceraron y degollaron aproximadamente a 49 personas, arrojando sus restos al río Guaviare. Además, una vez concluida la operación, las AUC destruyeron gran parte de la evidencia física, con el fin de obstruir la recolección de la prueba (p. 47).

Una vez establecida la vinculación de las Fuerzas Armadas con ese grupo de paramilitares, al perpetrar la masacre cometida, con base en el reconocimiento estatal de los hechos y en el conjunto de pruebas allegadas al expediente, la Corte llegó a la conclusión de que la responsabilidad internacional del Estado se generó por un conjunto de acciones y omisiones de agentes estatales y de particulares realizadas en forma coordinada, paralela o concatenada con el propósito de perpetrar la masacre (p. 99).

*“142. La Corte tuvo por probado que los habitantes de Mapiripán estuvieron sometidos a condiciones de terror entre el 15 y el 20 de julio de 1997. Varios de ellos presenciaron cómo los paramilitares se llevaban a sus familiares, escucharon los gritos de auxilio mientras eran torturados, se enteraron y fueron testigos de que los cuerpos fueron arrojados al río y, en dos casos, encontraron el cuerpo torturado de aquéllas. De los hechos del caso se evidencia el profundo miedo, sufrimiento y dolor padecidos por los familiares de las víctimas, como resultado de los actos y el nivel de atrocidad a los cuales fueron sometidas éstas” (p. 104).*

#### **5.- Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia<sup>679</sup>.**

El 24 de agosto de 1994, en horas de la tarde, el Coronel de la Policía Nacional, Luis Gonzaga Enciso Barón, comandante de una unidad urbana de la Unidad Nacional Antiextorsión y Secuestro de la Policía Nacional (en adelante UNASE), y su primo, el ex Teniente Coronel del Ejército, Ricardo Dalel Barón, se apersonaron en la carrera 13 con calle

---

<sup>679</sup> CoIDH, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Sentencia del 12 de septiembre de 2005.

63 de la ciudad de Bogotá, donde habían citado al señor Wilson Gutiérrez Soler. A su llegada, los señores Enciso y Daniel Barón lo detuvieron y lo condujeron al sótano de las instalaciones de la UNASE, donde fue esposado a las llaves de un tanque de agua y sometido a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, consistentes en quemaduras en los órganos genitales y otras lesiones graves. Tres horas después de haber sido torturado, el señor Gutiérrez Soler fue entrevistado por funcionarios de la Oficina Permanente de Derechos Humanos, quienes le dijeron que para salvar su vida, respondiera a todo que sí; y para suplir la ausencia de un defensor, miembros de la fuerza pública solicitaron la asistencia de una religiosa con el fin de que compareciera en la referida diligencia junto con el señor Gutiérrez Soler. (p. 23).

*“En el presente caso, la Corte observa que Colombia no actuó con arreglo a esas previsiones, ya que a la fecha ninguna persona ha sido sancionada por las torturas infligidas al señor Wilson Gutiérrez Soler y que el propio Estado ha reconocido defectos en relación con las garantías judiciales de los procesos internos (supra párr. 26, 28 y 48.10). Desde que entró en vigor en Colombia la referida Convención Interamericana contra la Tortura, el 18 de febrero de 1999, es exigible al Estado el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. Por ello, para el Tribunal esta conducta constituye incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura en lo que atañe a la obligación de prevenir y sancionar la tortura en el ámbito interno”.* (p. 30)

#### **6.- Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia<sup>680</sup>.**

Los hechos ocurrieron en junio de 1996 y en octubre de 1997 en los corregimientos de La Granja y El Aro, respectivamente, ambos ubicados en el Municipio de Ituango, Departamento de Antioquia, Colombia, AUC incursionaron en estos municipios, realizando asesinatos selectivos y generando terror y desplazamiento.

En los primeros meses del año 1996, distintos sectores de la sociedad, expresaron a las autoridades del departamento su temor y preocupación por la posibilidad de una incursión armada paramilitar en la zona de Ituango. En el mes de mayo, el teniente del ejército, Jorge Alexander Sánchez Castro, indicó que el Ejército tenía retenes en lugares estratégicos del área para vigilar todas las entradas a la población.

No obstante, el 10 de junio de 1996, el Comando del Batallón Girardot dio la orden de retirar la mayoría de las unidades que operaban en la zona y desplazarlas a otro sector.

---

<sup>680</sup> CoIDH, *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia del 1 de julio de 2006.

Al día siguiente, cerca de 22 hombres fuertemente armados con fusiles y revólveres, miembros de grupos paramilitares, se dirigieron al municipio de Ituango, específicamente al corregimiento de La Granja y ordenaron el cierre de los establecimientos públicos. Posteriormente se dio inicio a una cadena de ejecuciones selectivas, sin que se encontrara oposición por parte de la Fuerza Pública y a la vista de los pobladores del corregimiento (p. 47).

Una vez consumada la incursión en La Granja, la comunidad elevó numerosas comunicaciones a distintas autoridades estatales –tanto locales como nacionales–, solicitando la adopción de medidas gubernamentales para garantizar la protección de la sociedad civil del Municipio de Ituango.

Entre los días 22 de octubre y 12 de noviembre del año 1997 tuvo lugar la incursión paramilitar en la región de Ituango conocida como El Aro, iniciándose una cadena de ejecuciones selectivas con la aquiescencia, tolerancia y apoyo de miembros de la Fuerza Pública (p. 51). Debido al estado de descomposición de algunos de los muertos, los habitantes de El Aro procedieron a darles sepultura sin que se hiciera presente alguna autoridad estatal. Antes de retirarse de El Aro los paramilitares destruyeron e incendiaron gran parte de las casas del casco urbano, quedando a salvo sólo una capilla y ocho viviendas (p. 55).

*“La responsabilidad del Estado por dichos actos, los cuales se enmarcan dentro de un patrón de masacres semejantes, se deriva de los actos de omisión, aquiescencia y colaboración por parte de miembros de la Fuerza Pública apostados en dicho municipio. Su participación no se limitó solamente a facilitar el ingreso de los paramilitares a la región, sino que también omitieron asistir a la población civil durante el desarrollo de aquella, resultando así en la total indefensión de éstos. Dicha colaboración entre paramilitares y agentes del Estado resultó en la muerte violenta de diecinueve pobladores de La Granja y El Aro”.* (p. 69)

## **7.- Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia**

Entre el 13 y 14 de enero de 1990, un grupo de aproximadamente 60 hombres fuertemente armados, pertenecientes a una organización paramilitar creada por Fidel Antonio Castaño Gil denominada *Los Tangueros*, realizaron un ataque en el corregimiento de Pueblo Bello para secuestrar a un grupo de individuos, presuntamente colaboradores de la guerrilla, con base en una lista de la que eran portadores (p. 50).

Los paramilitares saquearon algunas viviendas, maltrataron a sus ocupantes y sacaron de sus casas a un número indeterminado de hombres, a quienes llevaron a la plaza del pueblo, colocándolos boca abajo en el suelo. Lista en mano, escogieron a 43 de ellos, quienes fueron



amarrados, amordazados y obligados a abordar los dos camiones en los que se transportaban, dirigiéndose a la finca Santa Mónica, donde se encontraba Fidel Castaño, en una zona declarada “de emergencia y de operaciones militares” (p. 63) y en donde se encontraba ubicado un retén militar.

Los secuestrados fueron interrogados mediante torturas. A algunos de ellos les cortaron las venas, las orejas, los órganos genitales. A otros incluso les *chuzaron* los ojos, obteniendo como resultado la pérdida de la visión de 20 de ellos. Quienes sobrevivieron fueron trasladados a una arboleda para evitar que fueran vistos y alrededor de las siete de la mañana del 15 de enero de 1990, Fidel Castaño Gil procedió personalmente con el interrogatorio; los sobrevivientes fueron “golpeados a patadas y puñetazos” hasta su muerte (p. 53).

Los paramilitares trasladaron los cadáveres a las fincas *Las Tangas*. Cerca de 22 de ellos fueron transportados hacia otra playa del Río Sinú en la misma finca, donde habrían sido enterrados. No obstante, a la fecha de la sentencia no se conoce el paradero de 37 de las presuntas víctimas (p. 54).

La razón de dicho ataque fue de carácter personal, ya que la a finales de diciembre de 1989 la guerrilla habría robado varias cabezas de ganado de su propiedad y las habría transportado a través de Pueblo Bello hacia otra localidad, razón por la cual Fidel Castaño.

Desde el 4 de abril de 1990 el paramilitar Rogelio de Jesús Escobar Mejía se presentó voluntariamente ante el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y confesó haber participado en los hechos de Pueblo Bello, suministrando información para la exhumación de algunos de los cadáveres de los desaparecidos e indicando que:

*“[...] La organización permanece en estrecho contacto gracias a un sistema de comunicaciones que enlaza a todas las haciendas de FIDEL CASTAÑO, así: (62)*

*[...] 6. El Puesto de Policía del municipio de Valencia tiene a su disposición una frecuencia para comunicarse con la organización de FIDEL CASTAÑO, avisando oportunamente de la presencia de sospechosos o de la realización de operativos en las fincas del grupo paramilitar”. (p. 63)*

Para la Corte, al haber propiciado la creación de estos grupos, el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso (p. 99).

## **8.- Caso Escué Zapata Vs. Colombia<sup>681</sup>.**

El 1 de febrero de 1988, en horas de la noche, agentes del Ejército colombiano entraron de manera violenta en la casa del señor Germán Escué Zapata, indígena de la región, y una vez ahí, los militares lo amarraron y sacaron de su casa a golpes y se lo llevaron. Después de haber caminado por un tiempo aproximado de veinte minutos, el cabo Camacho lo golpeó en el estómago con la culata del fusil. El señor Escué Zapata le suplicó que no lo matara, pero el cabo retrocedió y le disparó varias veces causándole la muerte. Momentos después, su cadáver fue encontrado por sus familiares con signos de maltrato (p. 12).

Al llegar al campamento, los soldados que presenciaron los hechos fueron orientados por sus superiores a decir que durante el traslado se había producido un “hostigamiento” con un grupo guerrillero y que Germán Escué había muerto en medio del fuego cruzado (p. 13).

## **9.- Masacre de la Rochela Vs Colombia<sup>682</sup>**

El 18 de enero de 1989, por lo menos cuarenta miembros del grupo paramilitar *Los Masetos*, haciéndose pasar como miembros de las FARC y contando con la cooperación y aquiescencia de agentes estatales, inicialmente retuvieron a las 15 personas que conformaban una Comisión Judicial (Unidad Móvil de Investigación), compuesta por dos jueces de instrucción criminal, dos secretarios de juzgado y once miembros del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial (CTPJ). Posteriormente este grupo perpetró una masacre en su contra, siendo ejecutados doce de ellos y sobreviviendo solo tres.

Dicha Comisión Judicial tenía el propósito de proseguir con investigaciones por homicidios y hechos ocurridos en el Magdalena Medio, especialmente la retención, por parte del Ejército, de dos campesinos que fueron “masacrados, torturados y quemados con ácido”<sup>683</sup>, y la desaparición de 19 Comerciantes ocurrida en octubre de 1987, teniendo en cuenta la presunta participación de miembros del Ejército en algunos de esos crímenes<sup>684</sup>.

---

<sup>681</sup>CoIDH, *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>682</sup>CoIDH. *Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

<sup>683</sup>Oficio No. 231 de 28 de diciembre de 1988 dirigido por los Jueces de Instrucción Criminal Mariela Morales Caro y Camilo Navarro Velásquez al Director Seccional de Instrucción Criminal (expediente de anexos al escrito de solicitudes y argumentos, Tomo VI, anexo 56.2, folios 3599 a 3603).

<sup>684</sup>CoIDH. *Caso Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. p. 23.

Los miembros de la Comisión Judicial fueron llevados un cuarto de aproximadamente doce metros durante casi de dos horas y media y durante ese tiempo “estaban todos como herméticos, nadie hablaba nada” (p. 35). Los dos hombres que se hacían pasar por comandantes de las FARC se reunieron con los funcionarios judiciales y les manifestaron que, en virtud de que se estaban verificando ciertos movimientos militares en la zona, resultaba necesario buscar un sitio seguro para que la Comisión Judicial continuara con las diligencias y los convencieron de la conveniencia de que se dejaran amarrar para trasladarlos, a fin de poder simular una situación de secuestro por las FARC en caso de que se hiciera presente el Ejército (p. 36).

Aproximadamente a las 12:00 horas, los 15 miembros de la Comisión Judicial fueron atados con las manos por atrás de la espalda y obligados a subirse a los dos automóviles en los cuales fueron llevados al sitio conocido como *La Laguna*, y cuando los automóviles se detuvieron, salieron de ellos unos hombres armados quienes se formaron a una distancia aproximada de diez metros de los automóviles y, después de señas que hizo uno de ellos, empezaron a disparar de forma indiscriminada; seguidamente los paramilitares les empezaron a dar el “tiro de gracia” a las víctimas. Según los tres sobrevivientes, esto duró aproximadamente un minuto y medio y ellos se salvaron porque estaban heridos y los paramilitares pensaron que habían muerto (p. 36).

*“Resulta de gran relevancia destacar que uno de los principales factores que determinan la gravedad de los hechos de este caso es que el Estado es responsable de una masacre perpetrada contra sus propios funcionarios judiciales cuando se encontraban cumpliendo con su deber de investigar graves violaciones de DH, y que en dicha masacre inclusive participaron agentes estatales pertenecientes a las fuerzas armadas”.* (p. 24)

La CoIDH atribuyó responsabilidad al Estado colombiano con fundamento en que este estableció un marco legal que propició la creación de grupos de autodefensa, que contaban con el apoyo de las autoridades estatales; que los miembros del ejército promovieron la formación del grupo paramilitar Los masetos que perpetró la masacre, utilizándolos en patrullaje, como guías y dotándolos de armamento militar; y que los integrantes de la comisión judicial fueron ejecutados mientras estaban investigando crímenes presuntamente cometidos por paramilitares y miembros de la fuerza pública en la zona del Magdalena Medio (p. 32).

En cuanto a los resultados alcanzados en estos 18 años de investigaciones y procesos, han sido procesadas 41 personas, de las cuales 8 han sido condenadas, de las cuales solamente un

agente estatal miembro del ejército fue condenado (p. 46.10.). *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*<sup>685</sup>.

El 27 de febrero de 1998, dos hombres armados ingresaron al despacho de Jesús María Valle Jaramillo en Medellín; con él se encontraban Carlos Fernando Jaramillo Correa y su hermana, Nelly Valle Jaramillo. Posteriormente entró una mujer, quien junto con dos hombres, procedió a amarrar e inmovilizar a los rehenes. Jesús María Valle fue asesinado con dos disparos a la cabeza; falleció instantáneamente. La señora Valle y el señor Jaramillo Correa fueron amenazados para que no dijeran nada. Los elementos de juicio disponibles indican que el móvil del asesinato fue el de acallar las denuncias del defensor de DH, Jesús María Valle, sobre los crímenes perpetrados en el Municipio de Ituango por paramilitares en connivencia con miembros de la Fuerza Pública. *“transcurridos casi nueve años [...], se ha condenado a tres civiles, en ausencia, y no existen investigaciones judiciales orientadas a la determinación de responsabilidad alguna de agentes del Estado”*. (p. 13)

Afirma la CoIDH que si bien los actos cometidos por los paramilitares contra las presuntas víctimas del presente caso son hechos cometidos por particulares, la responsabilidad por aquellos actos es atribuible al Estado

*“en razón del incumplimiento por omisión de sus obligaciones convencionales erga omnes de garantizar la efectividad de los DH en dichas relaciones interindividuales, y se ve concretada y agravada por no haber suprimido o resuelto efectivamente la situación de riesgo propiciada por la existencia de esos grupos y por haber continuado propiciando sus acciones a través de la impunidad”*. (p. 31)

## **11.- Caso Vélez, Restrepo y Familiares Vs Colombia**<sup>686</sup>.

El señor Luis Gonzalo Vélez Restrepo, se desempeñaba como camarógrafo y reportero de orden público, en el programa nacional de noticias *Colombia 12:30* en Bogotá, cubría mayormente hechos o noticias de “orden público” y el 29 de agosto de 1996 se encontraba en el Municipio de Morelia, Departamento de Caquetá, cubriendo los acontecimientos de una de las marchas de protesta contra la política gubernamental de fumigación de los cultivos de coca, conocidas como *marchas cocaleras*. En la marcha, se dio un enfrentamiento entre los “marchistas” y los militares que fue filmado por el periodista, mostrando la violencia cometida

---

<sup>685</sup> CoIDH, *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

<sup>686</sup> CoIDH. *Caso Velez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*. Sentencia de 03 de septiembre de 2012.

por parte de la fuerza pública; frente a lo cual él también fue víctima de lesiones y de posteriores amenazas. (p. 27 y ss.).

El comandante de la XII Brigada del Ejército manifestó que al controlar la situación

*“hubo excesos por parte de miembros de la Policía Militar’ y ‘se permitió por parte de los comandantes de las tropas comprometidas en los hechos la agresión física contra personas participantes de la asonada que se encontraban en estado de indefensión’. En dichos hechos resultaron personas heridas ‘por arma de fuego, armas corto punzantes, y armas contundentes’, entre ellos aproximadamente once civiles fueron atendidos en el Hospital María Auxiliadora de Florencia”*<sup>687</sup>.

## **12. Caso de las Comunidades Afro descendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia**<sup>688</sup>.

En el marco de la operación militar denominada *Génesis*, llevada a cabo en febrero de 1997, así como de incursiones de grupos paramilitares (o de AUC) realizadas simultáneamente o en días cercanos, en la cuenca del Cacarica (llamada también *operación Cacarica*), se dieron desplazamientos forzados de comunidades afro descendientes que han habitado ancestralmente estos territorios.

*“A finales de 1996 las fuerzas armadas [...] lanzaron, junto con [...] las AUC, una campaña para erradicar la guerrilla de la región del Bajo Atrato”, con la finalidad de “retomar el control territorial de las zonas con presencia guerrillera en la cuenca del Cacarica”.* Dicha campaña trataba de impedir que las fuerzas guerrilleras obtuvieran apoyo civil, especialmente de la población que vive junto a los afluentes del río Atrato, zonas donde las FARC mantenían tradicionalmente una fuerte presencia.

De acuerdo a esa versión de los hechos, en una primera fase, el Ejército habría situado controles en el río Atrato, imponiendo límites estrictos a la cantidad de productos que podían transportar los residentes de estas comunidades. El bloqueo económico habría durado varios meses y seguido de una serie de operaciones conjuntas del Ejército y de los paramilitares, que provocaron el desplazamiento masivo de muchas comunidades del municipio de Rio Sucio, en la región del Bajo Atrato.

---

<sup>687</sup> Resolución No. 012 emitida por el Comando de la Decimosegunda Brigada del Ejército Nacional de Colombia el 30 de agosto de 1996 (expediente de anexos al Informe de fondo 136/10, tomo I, anexo 6, folios 21 a 24).

<sup>688</sup> CoIDH. *Caso de las comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica. (operación Génesis) VS. Colombia*. Sentencia de 20 de noviembre de 2013.

Simultáneamente a la operación *Génesis*, a finales de febrero de 1997 un grupo de paramilitares habría emprendido un avance desde el Parque Nacional de los Katios a lo largo del río Cacarica, para finalmente llegar a los ríos Salaquí y Truandó, justamente para el mismo momento en que allí se estaba desarrollando la Operación Génesis. Dicha operación es conocida como la *Operación Cacarica*.

### **13.- Caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia<sup>689</sup>.**

Los hechos alegados por la Comisión se refieren a la ejecución extrajudicial del entonces senador Manuel Cepeda Vargas perpetrada el 9 de agosto de 1994 en la ciudad de Bogotá, quien fue líder del Partido Comunista Colombiano y del partido político Unión Patriótica. Se alega que su ejecución se enmarca en un patrón sistemático de violencia contra los miembros de la Unión Patriótica y del Partido Comunista Colombiano y que fue perpetrada mediante la supuesta coordinación operativa entre miembros del Ejército y grupos paramilitares, a través del llamado *plan golpe de gracia*.

### **14.- Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia<sup>690</sup>.**

El 13 de diciembre de 1998 varias aeronaves sobrevolaban los alrededores de Santo Domingo en horas de la mañana, y en el marco de las operaciones que se presentaban en la zona, a las 10:02:09 am, la tripulación del helicóptero UH1H 4407 de la Fuerza Aérea Colombiana, integrada por el piloto teniente C.R.P., el copiloto teniente J.J.V. y el técnico de la aeronave H.M.H.A.; lanzó un dispositivo *clúster*. Entre el 12 y 14 de diciembre, en Santo Domingo, resultaron muertas 17 personas, de las cuales 6 eran menores, y a su vez, según el Informe de Fondo de la Comisión, resultaron heridas 27 personas, entre ellas 10 menores.

En torno al presunto bombardeo a la vereda de Santo Domingo del 13 de diciembre de 1998, la Corte observa que, según lo alegado por las partes y lo concluido por la Comisión, se desprende que hay dos versiones de lo ocurrido:

Por un lado, los testimonios de pobladores de Santo Domingo señalan que el dispositivo *clúster* AN-M1A2 fue lanzado sobre la zona urbana de la vereda de Santo Domingo. Por otro lado, surge una segunda versión de los hechos que se desprende de las declaraciones de miembros de la Fuerza Aérea, según la cual esta lanzó una bomba ligera, pero no sobre el

---

<sup>689</sup>CoIDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia*. Sentencia de 26 de mayo de 2010.

<sup>690</sup>CoIDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012.

caserío sino en una mata de monte a más de 500 metros de la población de Santo Domingo. Además, según esta hipótesis, las víctimas civiles lo fueron por acción de un artefacto explosivo instalado por miembros de las FARC en el cofre de un camión en la calle principal del caserío 103, por lo cual la muerte y las heridas de las personas antes relacionadas no pudieron ser causadas por el Estado. Cabe resaltar, que en el proceso penal se presentaron dos versiones de los militares sobre los hechos del caso: las que negaron la utilización del dispositivo *clúster* y las que lo reconocieron pero indicaron que el punto de caída del mismo se situó al norte del caserío de Santo Domingo<sup>691</sup>.

Según testimonios de la población, también fueron objeto de ametrallamientos por parte de la fuerza pública desde el aire contra las personas que se desplazaban, ya fuera caminando o en vehículo. La Corte observa además que diferentes inspecciones realizadas en Santo Domingo en diciembre de 1998 muestran que la vereda se encontró deshabitada después de los hechos del 13 de diciembre.

#### **15.-Caso Rodríguez Vera y (otros desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia<sup>692</sup>**

La Corte considera que el reconocimiento efectuado por el Estado produce plenos efectos jurídicos de acuerdo a los artículos 62 y 64 del Reglamento de la Corte ya mencionados y que tiene un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares (p.15).

Según la Corte, los días 6 y 7 de noviembre de 1985, el grupo guerrillero conocido como M-19

*“tomó violentamente las instalaciones del Palacio de Justicia, donde tenían su sede la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado colombiano, tomando como rehenes a cientos de personas entre magistrados, magistrados auxiliares, abogados, empleados administrativos y de servicios, así como visitantes de ambas corporaciones judiciales. Ante dicha incursión armada de la guerrilla, conocida como “la toma del Palacio de Justicia”, la respuesta de la fuerzas de seguridad del Estado es conocida como “la retoma del Palacio de Justicia”. Dicha operación militar ha sido calificada como desproporcionada y excesiva por tribunales internos y la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia (en adelante “Comisión de la Verdad”), creada por la Corte Suprema de Justicia” (p. 29).*

---

<sup>691</sup>CoIDH. *Caso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia*, pp. 23 y 24.

<sup>692</sup>CoIDH. *Caso Rodríguez Vera y (otros desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia*. Sentencia del 14 noviembre de 2014.

Aclara la Corte que el objeto del presente caso no abarca la posible responsabilidad internacional del Estado por el presunto exceso en el uso de la fuerza al retomar el Palacio de Justicia, sino la violación del deber de prevenir la toma del Palacio de Justicia por parte del M-19, debido a un supuesto conocimiento previo por parte del Estado, así como la presunta responsabilidad internacional del Estado por sus actuaciones luego de la retoma del Palacio de Justicia.

Se trata de examinar la responsabilidad internacional del Estado por las presuntas desapariciones forzadas de 12 personas que se encontraban en el Palacio de Justicia y que habrían sobrevivido los hechos, sin que se conozca el paradero de 11 de ellas hasta la fecha; la presunta desaparición forzada seguida de ejecución extrajudicial por parte de las fuerzas del Estado de un Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado; las alegadas detenciones y torturas de 4 personas adicionales en relación con estos hechos, 3 de las cuales también sobrevivieron los hechos de la toma y la retoma del Palacio de Justicia, y las investigaciones desarrolladas por el Estado para esclarecer todos estos hechos.

La ilustración de estos hechos que han sido probados por parte de la CoIDH los referenció para indicar que estos son solo unos pocos ejemplos de los crímenes cometidos por los integrantes de la fuerza pública no solo contra el DIDH, como en el caso de los desaparecidos del Palacio de Justicia, la masacre de Santo Domingo; sino contra el DIDH como la Masacre de Mapiripán, la Masacre de los 19 comerciantes, entre otros.

Significa esto que es necesario hacer la distinción entre los crímenes cometidos contra el DIH y los cometidos contra el DIDH. En el primer caso el régimen jurídico que se aplica es el de los crímenes de guerra; en el segundo caso, el régimen que aplica es el de crímenes de lesa humanidad. Esta diferencia, en conjunto no se evidencia en lo que tiene que ver con la responsabilidad del Estado. Tampoco en lo que hace referencia a los procesos penales que en algunos casos han proferido sentencias condenatorias.

Considero importante resaltar estas sentencias condenatorias contra Colombia, *primero*, porque las sanciones de carácter pecuniario y los requerimientos por parte de la CoIDH para que se adelanten las investigaciones penales y se sancione a los responsables son una quimera; *segundo*, porque si no se adelantan dichas investigaciones y se condena a los autores, no solo materiales, sino a los verdaderos autores; el carácter vinculante de las decisiones de la Corte se torna ineficaz; y *tercero*, porque el contexto que se está construyendo en los procesos de Justicia y Paz a partir de los llamados *patrones de macrocriminalidad*, no solo son



parcializados, sino que es la misma versión institucional que se fundamenta en gran parte en informes de inteligencia militar, como veremos en los siguientes temas.

Es de mucha trascendencia pensar que si se aproxima un proceso de paz en el cual, entre otras cosas, solo se busca la responsabilidad de una de las partes, y que el contexto de la memoria histórica será presentado por el ente acusador, va a ser imposible desarrollar el principio de verdad.

### **3.3. ¿Qué es la macrocriminalidad?**

Cuando se habla de macrocriminalidad, se hace necesario previamente dilucidar el concepto de criminalidad, ya que el prefijo macro no lo define CELIS SANCHEZ<sup>693</sup>, y plantea que aunque, existen dificultades para definir el fenómeno de la criminalidad organizada, debido a su complejidad y a sus diferentes modalidades, tiene unas características comunes.

Están conformadas por estructuras delincuenciales que se organizan para la comisión de delitos y que carecen de ideología propia. Poseen una estructura jerárquica, organizada y flexible para perdurar en el tiempo, por lo que se van adaptando a nuevas realidades. Son restrictivos en la selección de sus miembros y recurren a características étnicas a la hora de escoger el personal, pero en las últimas décadas se han ido profesionalizando y especializando a nivel económico, jurídico, y técnico, lo que permite aumentar su seguridad y sus beneficios. Se valen de la violencia y la intimidación para sus fines. Crean redes de influencia en la sociedad a nivel político, económico, financiero y con los medios de comunicación. Por medio de la violencia o lealtad, buscan el consenso social. Son un poder en la sombra y buscan la acumulación de poder y riqueza. Muchos consideran infructuosa la lucha contra esta forma de crimen.

La naturaleza del fenómeno criminal organizado se ha transnacionalizado y ocultado en la legalidad, camuflándose en la economía global. Según el Instituto de estudios en seguridad<sup>694</sup>, *el crimen global es un complejo abanico de organizaciones que compiten o cooperan entre sí, se fragmentan, son estables, locales y multinacionales, es un ente poderoso que crece y, sobre todo, es transnacional.*

---

<sup>693</sup> CELIS SANCHEZ. *Historia del Crimen Organizado*, Ed. Libsa, Madrid, 2009. Tomado el 10 de Octubre de 2015: <http://www.agustincelis.com/INTRODUCCION%20CRIMEN%20ORGANIZADO.html>.

<sup>694</sup> INSTITUTO DE ESTUDIOS EN SEGURIDAD. “El Crimen Organizado”, Lic Julio Rivera Claveira, 2011, p. 5 y 6. Tomado de FINCKENAUER, J. *Mafia y Crimen Organizado*. Ed. Ediciones Península, Barcelona, 1ª ed., 2010.

Se indica que la mafia es rural y urbana, que es un poder de control material del territorio y es un poder de explotación de los círculos políticos, administrativos y financieros, configura una cultura del silencio y de la falta de escrúpulos de violencia lucrativa y estructura de poder que nació de un vacío de autoridad.

*“De acuerdo con Finckenauer, las organizaciones criminales tienen, en mayor o menor grado, las siguientes características: 1. Complejidad. ¿Qué grado de planificación exigen los crímenes, cuánto duran las actuaciones criminales, cuánta destreza y cuántos conocimientos son necesarios para llevar a cabo los delitos?. 2. Estructura. ¿Existe una división del trabajo, con unas líneas de autoridad con unos roles de liderazgo claramente definidos? 3. Estabilidad. ¿Se mantiene la estructura criminal a lo largo del tiempo y a través de los diversos crímenes? 4. Autoidentificación. ¿Piensan los miembros que pertenecen a una organización definida, se pone énfasis, por ejemplo, en las actividades que vinculan al grupo? , Lic. Julio Rivera Clavería 6 como el uso de colores, de un determinado tipo de ropa, un lenguaje, unos tatuajes, unos ritos de iniciación? 5. Autoridad derivada de la mala reputación. ¿Tiene la organización capacidad para obligar a otros, sean delincuentes o no, a hacer lo que ella quiera sin tener que recurrir a la violencia física, basta con la reputación para atemorizar e intimidar?”<sup>695</sup>.*

Se hace alusión también, a que el crimen organizado transnacional es un delito grave que se extiende a varias naciones y que ha surgido a partir de la globalización económica; la inmigración ilegal, el tráfico de personas y los avances tecnológicos especialmente de la comunicación<sup>696</sup>.

La resolución 55/25 del 15 de noviembre de 2000 de la *Convencion de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional*, busca promover la cooperación para prevenir y combatir este tipo de delincuencia.

---

<sup>695</sup>INSTITUTO DE ESTUDIOS EN SEGURIDAD. “El Crimen Organizado”, op. cit. Lic Julio Rivera Claveira, 2011, p. 5 y 6.

<sup>696</sup>INSTITUTO DE ESTUDIOS EN SEGURIDAD. “El Crimen Organizado”, op. cit. Lic Julio Rivera Claveira, 2011, p. 7.

En dicha resolución se definió que un grupo delictivo organizado<sup>697</sup> está conformado por tres o más personas que actúen concertadamente cometer delitos graves<sup>698</sup> o determinantes<sup>699</sup>, con miras a buscar un beneficio económico u otro de orden material.

Los grupos de paramilitares y autodefensas han buscado reiteradamente beneficios económicos producto del delito<sup>700</sup>, para sí mismos y para otros. Por ello, pueden considerarse parte de este tipo de delincuencia organizada.

La diferencia con los grupos de guerrilla, es que estos buscan un beneficio para la organización con fines de lograr sus objetivos políticos y financiar el conflicto armado y con el fin de lograr un cambio estructural y tomar el poder político. Por lo que estos grupos, a diferencia de las autodefensas, no tienen las características de *Delincuencia Organizada Transnacional*.

Uno de los factores preponderantes en este tipo de criminalidad es la *globalización*<sup>701</sup>, esto es, *la extensión del ámbito propio de instituciones sociales, políticas y jurídicas a un plano internacional*. Hace referencia también a *la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales*. Con esta globalización se extiende también a nivel mundial las diferentes formas de criminalidad.

---

<sup>697</sup>Según la Resolución de la Convención. Por “grupo estructurado” se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

<sup>698</sup>Por “delito grave” se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Los crímenes que se consideran transnacionales según la convención son de acuerdo con los artículos 5, 6, 8 y 23: La trata de mujeres y niños. La lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones. El tráfico y el transporte ilícitos de migrantes, incluso por mar. Las actividades delictivas como el blanqueo de dinero, la corrupción, el tráfico ilícito de especies de flora y fauna silvestres en peligro de extinción. Los delitos contra el patrimonio cultural. Los crecientes vínculos entre la delincuencia organizada transnacional y los delitos de terrorismo.

<sup>699</sup>“delito determinante” se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención

<sup>700</sup>Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito.

<sup>701</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 23ª ed. de 2014. Tomado el 10 de octubre de 2015 de: <http://dle.rae.es/>.

DE SOUSA<sup>702</sup> considera que, por una parte, hay un enorme fortalecimiento de la dimensión internacional de los DH y de las luchas sociales en su defensa; y por otra, que con la globalización neoliberal de la economía han surgido novedosos actores internacionales privados (empresas multinacionales e instituciones financieras internacionales), cuyas acciones pueden dar lugar a violaciones masivas de DH. La traducción jurídica de estos fenómenos de internacionalización y transnacionalización es lo que se denomina *globalización del derecho*.

En este escenario, la globalización ha incidido en la conformación y consolidación de estos grupos mediante el narcotráfico, que es uno de los medios de financiación tanto de los grupos de autodefensas, como de la guerrilla. Desde esta perspectiva es claro que la globalización ha tenido un fuerte impacto, no solo en el tráfico de estupefacientes, sino de armas y materiales de guerra que han creado un mercado transnacional a partir de la criminalidad organizada que tiene como finalidad financiar la guerra.

La criminalidad<sup>703</sup>, entendida como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se realiza un crimen o varios crímenes y es el objeto de estudio de la criminalística<sup>704</sup> que se entiende, como *la técnica científica dirigida a la aclaración del delito y a la investigación de sus autores*<sup>705</sup>.

La criminalística cambió el paradigma de la investigación, de los hechos, al dato que aportaban las evidencias físicas, mucho más que los testimonios. Hans GROSS, considerado el padre de la criminalística, en su momento, revolucionó la investigación científica. Los resultados de su trabajo fueron determinantes hasta bien entrado el siglo XX y su método científico se conoció bajo el nombre de *Escuela criminológica de Graz*<sup>706</sup>.

La criminalística es una disciplina que tiene como finalidad el descubrimiento del delito en sus diversos aspectos, que da lugar a una serie de actividades que van dirigidas, además de saber que se ha cometido un hecho punible, que se requiere probar cómo, dónde, cuándo y

---

<sup>702</sup> DE SOUSA SANTOS. *La Globalización del Derecho*. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Facultad de Derecho y ciencias políticas Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1999, p. 16

<sup>703</sup> (De criminal). 1. f. Cualidad o circunstancia que hace que una acción sea criminosa. 2. f. Número proporcional de crímenes. Diccionario de la real academia de la lengua española.

<sup>704</sup> Hans GROSS Padre de la criminalística. (Manual del Juez como Sistema de Criminalística), que se publicó en 1893.

<sup>705</sup> JESCHECK, H. / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. 5ª ed. Ed. Comares, Peligros, 2002, p. 51.

<sup>706</sup> Tomado de la página: <http://revistamundoforense.com/biografia-hans-gross/>.

quién lo realizó. Constituye una técnica moderna porque utiliza ciencias, disciplinas y artes diversos, que permiten en cada caso determinar el valor probatorio de los rastros e indicios que han sido advertidos<sup>707</sup>.

De este concepto de criminalidad, emerge el concepto que se ha pretendido dar a los crímenes denominados por el Estatuto de Roma, contra la comunidad internacional y se ha denominado macrocriminalidad; concepto que no se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española.

No obstante, Kai AMBOS<sup>708</sup> enfoca el concepto de macrocriminalidad desde el punto de vista político, tanto por el rol que desempeña el Estado, como un aparato organizado de poder con macro acontecimientos relevantes para la guerra y el Derecho Internacional, por lo que se diferencia cualitativamente de las formas *normales* de criminalidad y de las formas *especiales*, como terrorismo, estupefacientes o criminalidad económica, debido al ‘rol activo’ que desempeña el Estado. La macrocriminalidad es más limitada que la ‘criminalidad de los poderosos’, debido a que los hechos cometidos por los poderosos buscan poder para defender sus intereses económicos y sus intereses no son idénticos al Estado o al poder estatal.

El comportamiento de macrocriminalidad así planteado es de carácter político y rechaza lo plantado por JAGER, quien hace parte de la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de *gran dimensión*. La macrocriminalidad política significa, por tanto, en sentido restringido, “criminalidad fortalecida por el Estado”, “crimen colectivo políticamente condicionado”, o —con menor precisión— crímenes de Estado, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental.

En un sentido más amplio, incorpora, a la macrocriminalidad política también los crímenes internacionales de actores no estatales, en el entendido de que también el Estado sería responsable, al menos por la omisión de no garantizar la protección a los ciudadanos. La existencia fáctica de grupos no estatales que cometen crímenes internacionales es seguramente el argumento decisivo en favor de una comprensión más extensa del concepto de

---

<sup>707</sup> OSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1981, p. 184.

<sup>708</sup> AMBOS, K. “La Macrocriminalidad Política como Objeto del Derecho penal Internacional”. *Derecho penal JCB.*: 2 de junio de 2012. Disponible en: <http://derechopenaljcb.blogspot.com/2012/06/kai-ambos-la-macrocriminalidad-politica.html>.

macrocriminalidad. De otro modo, quedarían sin protección las víctimas no estatales, pues el Derecho penal nacional la niega en esos casos.

He manifestado estar en desacuerdo con este concepto de macrocriminalidad, porque de ser así, se limitaría únicamente al ámbito de lo político, y la macrocriminalidad que aquí se trata de establecer incluye a todos los actores y autores que, por medio del conflicto armado, han sido responsables de la guerra en el país, y los que más la han impulsado, no son necesariamente los actores políticos del conflicto armado, sino los que están detrás de estos como los grupos económicos, los monopolios y la clase política.

Desde esta perspectiva se reduce el concepto de macrocriminalidad a los crímenes de trascendencia política, que incorpora a aquellos de conocimiento de la CPI, cuyos autores hacen parte de organizaciones colectivas.

Kai AMBOS afirma que

*“La teoría de la macrocriminalidad sirve como categoría para clasificar las violaciones de derechos humanos que pueden ser objeto del DPI<sup>709</sup>. Sea como fuere, la existencia fáctica de grupos no estatales que cometen crímenes internacionales es seguramente el argumento decisivo en favor de una comprensión más extensa del concepto de macrocriminalidad. De otro modo, quedarían sin protección las víctimas no estatales, pues el Derecho penal nacional la niega en esos casos”.*

Nuestra opinión es que, al parecer, para este autor la denominación de *crímenes contra la humanidad* no ha sido suficiente para ilustrar las graves violaciones a los DH por estructuras organizadas de poder, por lo que se hace necesario recurrir a la denominación de macrocriminalidad, entendida políticamente para incorporarla en el ámbito de la JTr, porque de lo contrario las víctimas quedarían sin protección, lo cual no es cierto.

Los crímenes contra el DH y el DIH, son eso, crímenes que están categorizados en el estatuto de Roma, los primeros como de lesa humanidad y los segundos como crímenes de guerra. El que a los crímenes cometidos por grupos organizados armados al margen de la ley se les de la connotación de macrocriminalidad, no significa que no constituyan crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra; y tampoco es cierto que sea necesario recurrir a dicha denominación, porque dichos crímenes, están claramente definidos en el Estatuto de Roma.

---

<sup>709</sup> AMBOS, K. *Derechos Humanos y Derecho penal Internacional*, 2011, p. 86. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20110107\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110107_01.pdf).

Consideramos que el concepto extensivo de macrocriminalidad, que incluye todas las amenazas criminales de gran dimensión, es un concepto más amplio y coherente con las múltiples formas, no solo de estructuras organizadas de poder, sino de cualquier tipo de criminalidad a gran escala.

El vocablo *macro* proviene del griego *macro* que significa grande y el vocablo *criminalidad* hace referencia a la cualidad que determina lo que es crimen o también a la cantidad o proporción de crímenes cometidos en un lugar determinado.

*Macrocriminalidad* significa criminalidad en pluralidad de sujetos no necesariamente organizados en estructuras de poder, afectación a gran escala de los bienes jurídicos de mayor relevancia, afectación a un número plural de víctimas y multiplicidad de conductas punibles que generan una cadena de delitos, de sujetos activos y de víctimas. Estas son algunas cualidades que determinan el concepto de la criminalidad en un contexto *macro*.

La LJP, en la práctica judicial<sup>710</sup>, ha incorporado el concepto de macrocriminalidad para explicar el modelo de investigación criminal que ha adoptado la FGN mediante la directiva 01

---

<sup>710</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. MP. Uldi Teresa Jiménez López, 110016000253 - 200782862 y 200680082 Armando Madriaga Picon y Jesús Noraldo Basto León Homicidio en persona protegida y otros Fiscalía 34 Unidad Nacional de JyP Sentencia Bogotá D. C., seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013), pag 149“Conforme a lo anterior, dentro de la presente decisión, los hechos que involucran atentados contra la vida, serán clasificados teniendo en cuenta las características personales de las víctimas, roles desempeñados dentro de la comunidad, condiciones socioeconómicas, etc., para tener un conocimiento de los móviles y los patrones de criminalidad desarrollados por el Frente Héctor Julio Peinado Becerra, sus formas de operar y destacar que su accionar, afectó la comunidad en general, particularmente a personas que se encontraban en especiales circunstancias de vulnerabilidad y marginalidad social, ello con el fin de visualizar el fenómeno de macrocriminalidad 272”.

272 AMBOS, K. *La Macrocriminalidad Política como Objeto del Derecho penal Internacional*. Derecho penal JCB.: 2 de junio de 2012. La macrocriminalidad comprende, fundamentalmente, “comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva”, “macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional”, ella se diferencia, por tanto, cualitativamente de las conocidas formas “normales” de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado. La macrocriminalidad es más limitada que la “criminalidad de los poderosos” (“Kriminalität der Mächtigen”), ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los hechos cometidos por los “poderosos” para la defensa de su posición de poder, y ni estos “poderosos” ni el “poder” (económico) que defienden son necesariamente idénticos al Estado o al poder Estatal. La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivo a este respecto, es clarificado a través del aditamento de “político”. De este modo, se rechaza también —coincidentemente con Jäger— la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de gran dimensión. Macrocriminalidad política significa, por tanto, en sentido restringido, “criminalidad fortalecida por el Estado”, “crimen colectivo políticamente condicionado” o —con menor precisión— crímenes de Estado, terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental. Aquí se trata siempre

del 04 de octubre de 2012 emanada de la misma entidad, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones u casos u se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”.

En virtud de esta directiva se implementaron los criterios de priorización, se crea un nuevo sistema de investigación penal y se establecieron los conceptos y definiciones sobre los cuales se regirían estos criterios de priorización. Los conceptos que no han sido delimitados ni por la constitución ni la ley, se fijan mediante una directiva institucional de la FGN.

Bajo este esquema se definen los conceptos de análisis criminal, caso ilustrativo del plan criminal, caso priorizado no imputable a una organización delictiva, contexto, criterio de priorización, política de priorización, fines de la priorización, máximo responsable, patrones criminales, reglas de priorización, situación priorizable, para concluir con el test de priorización.

Sin entrar a profundizar en el tema sobre la coherencia de esta directiva con la normatividad internacional y los principios generales del Derecho penal constitucional, que no es el objeto de nuestro escrito, no se pueden dejar pasar algunos interrogantes:

¿En qué momento mediante una directiva institucional es posible modificar el principio de igualdad, el derecho de acceso a la justicia, la presunción de inocencia, entre otros derechos, que son un claro sustento de principio de culpabilidad?

¿Es posible que por la ineficacia de la administración de justicia, por la falta de una política criminal conforme a un Estado Social y Democrático y por la imposición de un Derecho penal máximo, se tenga que llegar al punto de seleccionar cuáles autores de hechos punibles deben ser judicializados en virtud de unos criterios subjetivos, objetivos y complementarios que desbordan los derechos fundamentales de los ciudadanos?

Recordemos que si bien el Acto Legislativo 01 del 31 de julio de 2012 consideró que los criterios de priorización y selección son inherentes a los instrumentos de JTr, y que el fiscal determinaría los criterios de priorización para el ejercicio de la ley penal y el congreso

*“mediante la expedición de una ley estatutaria que se determinaran los criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los*

---

de criminalidad “estatal interna”, orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. En un sentido amplio, el concepto de macrocriminalidad política comprende, ciertamente, también a los crímenes internacionales de actores no estatales.



*delitos que adquirieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática...*”<sup>711</sup>.

La Corte Constitucional se pronunció respecto de la política de priorización dentro del marco jurídico para la paz; sin embargo, en la directiva se alude a una política de priorización de carácter general<sup>712</sup>,

Si bien en esta sentencia la Corte hace referencia al concepto de *macro estructuras de criminalidad*, refiriéndose a su desmantelamiento y a la revelación de los patrones de violaciones masivas de DH, es a partir de la Ley 1592 de 2012 que se incorpora normativamente este concepto, y se vincula de manera directa para establecer los patrones de macrocriminalidad con una función eminentemente utilitarista cuando se afirma que “los criterios de priorización estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables.”<sup>713</sup>

Significa esto que se parte de un concepto de macrocriminalidad que no está claramente definido en el marco de la JTr.

Cuando se inició la JTr dentro del marco de la Ley 975 de 2005, inicialmente se hicieron imputaciones por los delitos cometidos por los postulados a partir del principio de legalidad, en virtud del cual “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes”<sup>714</sup>; en los meses siguientes se consideró que hacer este tipo de imputaciones no era suficiente en el entendido que muchos hechos que no eran delitos para la época de su realización o que tenían otra denominación con penas inferiores, recurriéndose a la figura que la Corte Suprema de Justicia ha denominado *legalidad flexible*<sup>715</sup>.

---

<sup>711</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Acto legislativo 01 de 04 de octubre de 2012.

<sup>712</sup>CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-579 de 2013.

<sup>713</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1592 de 2012, por la cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005, art. 13.

<sup>714</sup> CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA, 1991, art. 29.

<sup>715</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Proceso No° 33039. M.P. José Leonidas Bustos Martínez, 2010. “Tal flexibilización a la legalidad, que implica una **restricción** a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincuenciales auspiciada –o sistemáticamente cometida- por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos». “Así, **se puede afirmar que so pretexto de la omisión legislativa interna, no es dable abstenerse de castigar los delitos internacionales**, en

Esto significó la imputación de conductas punibles no tipificadas previamente, que conllevó también a la figura llamada *renuncia a la prescripción* y a la de *nuevas imputaciones sobre la sentencia ejecutoriada*; conllevó también a la aceptación de cargos en calidad de autoría para todos los postulados, desconociéndose en muchos casos otras formas de participación.

Prosperó igualmente la aceptación de cargos por la llamada *línea de mando*, tampoco contemplada como institución dentro del Código penal; todo, con el fin de hacer imputaciones por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, a pesar de que respecto de estos últimos, solamente se tipificaron los crímenes contra el DIH con el Código penal que entró en vigencia en el mes de julio del 2001 y que de los crímenes de lesa humanidad, nada se dijo.

Pero, al parecer esto tampoco fue suficiente, por lo que mediante la Directiva del año 2012 y de la Ley 1592 del mismo año, se incorporó el concepto de macrocriminalidad para dar mayor connotación a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, configurando así los llamados *patrones de macrocriminalidad*.

Es así como, en virtud de la anterior normatividad, se expide el Plan de Acción de Casos a Priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz.

La justificación: “*afianzando el deber del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los DH y al DIH cometidas por los actores armados dentro del conflicto armado interno*”<sup>716</sup>.

Sin embargo, debido a la dimensión no esperada que debió afrontar el aparato judicial diseñado para tal fin por parte de la FGN y la Judicatura, al tener que procesar bajo este esquema judicial especial a más de 32.500 desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, y con un registro de más de 417 mil hechos delictivos reportados por las víctimas del conflicto armado atribuidos a estas, hizo que resultados después de 6 años de entrada en vigencia de las disposiciones legales, no fueran los esperados por las mismas víctimas, la sociedad, el país y la comunidad internacional.

---

una doctrina construida a partir de casos en que era notoria la incidencia que tenían los perpetradores en los legisladores, quienes ya por intimidación, connivencia o simple indiferencia, se abstendían de incorporar a la legislación nacional la tipificación de tales conductas.» ... “Hay que ser enfáticos en señalar que dicha flexibilidad al principio de legalidad es atendible exclusivamente a las cuatro categorías de los llamados delitos internacionales, vale decir a los crímenes de genocidio, agresión, de lesa humanidad y contra el Derecho Internacional Humanitario”.

<sup>716</sup>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Plan de Acción de Casos a Priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz, párr. 1. Bogotá, enero 10 de 2012.

De acuerdo con la última estadística de la FGN sobre los resultados obtenidos en la JTr de la Ley 975 de 2005 del consolidado del 31 de julio de 2015<sup>717</sup>, se indicó que:

Se han confesado 57.883 hechos; 89.932 delitos en hechos confesados; de los cuales los más representativos son el homicidio, el desplazamiento forzado y la desaparición forzada. A 1.366 Postulados se les ha hecho imputación y se han radicado 84.354 víctimas. Se han compulsado 15.591, de las cuales 1.298 es contra políticos y 1.212 contra miembros de la fuerza pública, deducimos que el resto, esto es, 13.081 son contra los mismos postulados o personas que no se desmovilizaron.

---

<sup>717</sup> Tabla de estadísticas del consolidado hasta el 31 de julio de 2015, de la FGN. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/09/estadisticas-DFNEJT.pdf>.

<b>HECHOS Y VICTIMAS EN HECHOS CONFESADOS</b>	<b>TOTAL</b>
<b>Total Hechos Confesados</b>	<b>57.883</b>
<b>Total víctimas relacionadas en hechos confesados</b>	<b>84.354</b>

<b>DELITOS EN HECHOS CONFESADOS</b>	<b>TOTAL</b>
<b>MASACRES</b>	<b>2.253</b>
<b>HOMICIDIO</b>	<b>40.161</b>
<b>RECLUTAMIENTO ILÍCITO</b>	<b>2.574</b>
<b>DESAPARICION FORZADA</b>	<b>7.020</b>
<b>DESPLAZAMIENTO FORZADO</b>	<b>17.914</b>
<b>EXTORSION</b>	<b>2.874</b>
<b>SECUESTRO</b>	<b>5.017</b>
<b>VIOLENCIA SEXUAL</b>	<b>135</b>
<b>DESTRUCCIÓN Y APROPIACIÓN DE BIENES PROTEGIDOS</b>	<b>946</b>
<b>TORTURA</b>	<b>2.034</b>
<b>CONSTREÑIMIENTO ILEGAL</b>	<b>599</b>
<b>CONTRIBUCIONES ARBITRARIAS</b>	<b>2.464</b>
<b>ACTOS DE TERRORISMO</b>	<b>895</b>
<b>HURTO</b>	<b>4.109</b>
<b>LESIONES PERSONALES</b>	<b>673</b>
<b>TOMA DE REHENES</b>	<b>72</b>
<b>TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES</b>	<b>191</b>

<b>TRANSMISIONES DE VERSIONES LIBRES</b>	<b>TOTAL</b>
<b>Municipios a donde se ha llevado la transmisión en directo de las versiones libres</b>	<b>1.734</b>
<b>Transmisiones en Directo</b>	<b>5.743</b>

<b>CONSOLIDADO DE COMPULSA DE COPIAS</b>	<b>TOTAL</b>
<b>Total compulsas de copias</b>	<b>15.591</b>
<b>Compulsa Políticos</b>	<b>1.298</b>
<b>Compulsa Miembros de la Fuerza Publica</b>	<b>1.212</b>

<b>POSTULADOS CON IMPUTACIÓN Y FORMULACIÓN DE CARGOS</b>	<b>TOTAL</b>
<b>Número de postulados a los que se les ha formulado imputación</b>	<b>1.366</b>

Hasta el momento, se han proferido 14 sentencias, ninguna de ellas contra quien ostentara la doble condición de máximo responsables y miembros representantes. En igual forma, se observa que las sentencias no atienden con suficiencia hechos criminales que reflejen patrones de macrocriminalidad y macrovictimización, que permitan consolidar aspectos esenciales de reconstrucción histórica de los hechos cometidos en el orden geográfico, político, económico y social, incluyendo la descripción de estrategias de la organización

delictiva, sus dinámicas locales regionales, nacionales, aspectos logísticos, modus operandi, actores públicos y privados, entre otros<sup>718</sup>.

### **Sentencias LJP<sup>719</sup>**

<b>POSTULADO</b>	<b>Primera Instancia</b>	<b>Segunda Instancia</b>
José Gregorio Mangonez Lugo y Omar Enrique Martínez	31-jul-2015	
Ferney Alberto Argumedo Torres	13-jul-2015	
Uber Dario Yáñez Cavadías	07-jul-2015	
Jhon Fredy Rubio Sierra y otros	03-jul-2015	
Jorge Eliecer Barranco y Otros	23-abr-2015	
Saul Rincón Camelo	10-abr-2015	
Orlando Villa Zapata y otros	24-feb-2015	
Ramiro Vanoy Murillo	02-feb-2015	
Arnubio Triana Mahecha y otros	16-dic-2014	
Juan Francisco Prada Márquez	11-dic-2014	
Jesus Ignacio Roldan Perez	09-dic-2014	
Salvatore Mancuso y otros	20-nov-2014	
Salvatore Mancuso y otros	31-oct-2014	
Janci Novoa Peñaranda	21-oct-2014	
Guillermo Perez Alzate y otros	29-sep-2014	
Luis Eduardo Cifuentes Galindo y otros	01-sep-2014	
Dario Enrique Velez Trujillo y otros	27-agt-2014	
Luis Carlos Pestaña Colorado	01-ago-2014	
Ramon Maria Isaza y otros	29-may-2014	
Jhon Fredy Rubio Sierra y otros	19-may-2014	05-agt-2014
José Baldomero Linares y otros	06-dic-2013	17-jun-2015
Armando Madriaga Picon y Jesus Noraldo Basto	06-dic-2013	30-abr-2014
Hebert Veloza Garcia	30-oct-2013	20-nov-2014
Rodrigo Perez Alazate	30-ago-2013	30-abr-2014
Gian Carlos Gutiérrez Suárez	04-sep-2012	17-abr-2013
Edison Giraldo Paniagua	30-jul-2012	24-oct-2012
Orlando Villa Zapata	16-abr-2012	19-mar-2014
José Barney Veloza García	31-ene-2012	12-dic-2012
Fredy Rendón Herrera	16-dic-2011	12-dic-2012
Édgar Ignacio Fierro Flores y Andrés Mauricio Torres	07-dic-2011	06-jun-2012

<sup>718</sup>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Plan de Acción de Casos a Priorizar, párr.. 1.

<sup>719</sup>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Dirección de fiscalía nacional especializada de Justicia Transicional. Sentencias Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Colombia. Disponible en: [http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/Ley\\_justicia\\_y\\_paz/](http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/Ley_justicia_y_paz/).

José Rubén Peña Tobón y otros	01-dic-2011	N/A
Aramis Machado Ortiz	29-jun-2011	06-dic-2012
Jorge Iván Laverde Zapata	02-dic-2010	06-jun-2012
Edwar Cobos Téllez y otro	29-jun-2010	27-abr-2011

Con esta justificación lo que se evidencia es la falta de eficacia del Estado a través de la Rama Judicial y en especial de la Fiscalía para investigar los delitos, pues contrario a lo que aquí se plantea, no fue por la dimensión de los crímenes que debían investigarse en Justicia y paz, lo que conllevó a esta política de priorización, sino la inoperancia del Estado para adelantar su investigación durante décadas, en muchos casos, a sabiendas, de quienes eran los responsables de los hechos o como se afirma en la Sentencia del tribunal Superior de Bogotá<sup>720</sup> “la actividad cumplida por los grupos ilegales de autodefensas, fue posible por la ayuda brindada por las autoridades de todos los órdenes y niveles, quienes por acción u omisión la promovieron o facilitaron”<sup>721</sup>.

Muchas referencias se hacen a la LJP, como una ley de impunidad. Sin embargo, vale la pena preguntarse ¿No había impunidad antes de la entrada en vigencia de la LJP? Surge también la inquietud respecto al número de desmovilizados y al número hechos de los cuales muchos no se hubieran conocido fuera del ámbito de la LJP.

Cuando se iniciaron las versiones en esta ley se hizo mucho énfasis en el tema de estructura de la organización, georeferenciación, antecedentes tanto del grupo como del postulado, entrega de fosas, entrega de armas, confesión de hechos y la posición del postulado dentro de la estructura. Estas versiones prácticamente no son conocidas dentro de las audiencias ya que tanto en la de imputación como en la concentrada –antes de formulación de cargos y de control

---

<sup>720</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. MP. ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ. 110016000253200782862 y 200680082 Armando Madriaga Picon y Jesús Noraldo Basto León Homicidio en persona protegida y otros Fiscalía 34 Unidad Nacional de JyP Sentencia Bogotá D. C., seis (6) de diciembre de dos mil trece (2013)

<sup>721</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. MP. ULDI TERESA JIMÉNEZ LÓPEZ. “En desarrollo de la audiencia de control formal y material de cargos, la Fiscalía 34 de la Unidad Nacional para la Justicia y la Paz, presentó una relación de los miembros de la fuerza pública y servidores de la justicia, vinculados con el Frente Héctor Julio Peinado Becerra”, entre los que se encuentran funcionarios judiciales: “JOAQUIN SANTANA FISCAL y OSCAR CARREÑO”.

de legalidad— la vocería la tiene la Fiscalía, que realiza una narración muy sucinta del hecho y la califica jurídicamente.

Esto significa que no es nuevo dentro del proceso de JyP el estudio del contexto, de las estrategias, de la identificación de patrones criminales, etc., como para justificar esta política de priorización.

Como se dijo, la Ley 1592 incorpora el vocablo de macrocriminalidad como parte de la política de priorización para esclarecer un patrón en el accionar de los grupos armados y develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrándose en los máximos responsables.

Parte de una cadena de petición de principios en varios aspectos: *la primera*, presupone como verdadero, que el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley configura el concepto de macrocriminalidad; *la segunda*, parte del presupuesto que la política de priorización le va a permitir develar los contextos, las causas y los motivos del mismo; y *la tercera*, parte del supuesto que la macrocriminalidad se concentra en la investigación de los máximos responsables.

Respecto a la *primera* se tiene que, el concepto de macrocriminalidad no está previamente definido dentro del contexto de la JTr y de acuerdo con las diferentes posiciones doctrinales tampoco es claro que las actividades de los grupos armados configuren, per se, las características de macrocriminalidad.

Respecto de la *segunda*, podría afirmarse lo contrario, que la política de priorización al ser *selectiva*, no va a permitir develar los contextos, causas y motivos del accionar de los grupos armados.

Respecto de la *tercera*, podría afirmarse de igual forma, que si la investigación se concentra en los máximos responsables, tampoco se podría construir ese contexto, causas y motivos del accionar de los grupos armados, en especial, porque precisamente la experiencia en la LJP indica lo contrario. Cuando se les pregunta a los comandantes de las AUC, por ejemplo si aceptan un hecho cualquiera, ellos lo hacen, pero al momento de decir la verdad sobre el mismo ni siquiera ellos mismos la conocen porque como también ha sido una práctica en esta ley, ellos aceptan el hecho por *línea de mando*, lo que significa que no pueden ayudar a develar el contextos, las causas y los motivos.

También ocurre el caso contrario, que un desmovilizado raso que conoce solo algunos hechos, específicamente en los que ha participado, solamente puede hablar de ellos. Sin embargo, muchas veces ni siquiera conoce las razones por las cuales participó en una toma, emboscada, homicidio, secuestro, etc., ya que solamente *cumplía órdenes* y los comandantes no les daban a conocer las razones, es así, como en muchas versiones el postulado no sabe porque razones dio muerte a una persona.

Este escenario presenta un problema no solamente a la luz de los principios mismos del Derecho penal, sino de las categorías de la participación, ya que se están haciendo imputaciones colectivas con el argumento de la pertenencia al grupo organizado al margen de la ley, como una nueva forma o mejor una forma sofisticada y extensiva del Derecho penal de autor, que ya no se centra en los rasgos físicos o psicológicos del sujeto, ni en su condición social, sino en la pertenencia a un grupo organizado al margen de la ley, que por el solo hecho de pertenecer al mismo, lo hace autor responsables de todos los crímenes cometidos por el grupo armado. Por lo que las justificaciones que se han planteado, tanto para el plan de priorización, como para la expedición de la misma directiva 001 de 2012 e incluso en la Ley 1592, no tienen coherencia lógica que fundamente jurídicamente la política de priorización.

Considerar que los máximos responsables como criterio de priorización en la LJP, es muy lejano de la realidad, si tenemos en cuenta que los máximos responsables de las graves violaciones de los DH y del DIH no son postulados en JyP.

Las resoluciones expedidas por la FGN, en virtud de las cuales selecciona a los *máximos* comandantes de los Grupos de Autodefensas como los *máximos* responsables, dista mucho de ser real, ya que los máximos responsables fueron quienes idearon, crearon y consolidaron los grupos paramilitares en Colombia, tanto desde la legalidad, como desde la ilegalidad y no hacen parte del proceso de JyP.

La guerra en Colombia no se puede circunscribir a los postulados de los grupos de autodefensas y de insurgencia. Ellos son solamente una parte; los máximos responsables de los crímenes cometidos por las Fuerzas Militares y los máximos responsables de la clase política que han desarrollado la política de Estado a partir de la guerra tampoco están. Finalmente, los máximos responsables y grandes beneficiarios de la guerra de los grupos económicos que han contribuido al financiamiento, consolidación y dirección de los grupos de autodefensas, tampoco están.



Se ha creado una política de priorización sobre los desmovilizados al parecer de mayor rango. A nivel de la insurgencia, alias ‘Karina’ ha sido considerada una de las máximas responsables; sin embargo, nunca perteneció al estado mayor de las FARC. Tampoco hizo parte del secretariado y menos aún fue la máxima comandante de las FARC; lo que sucede es que dentro del grupo de desmovilizados de las FARC era la de mayor rango. Durante su trasegar de 24 años en las FARC, solamente llegó a ser comandante del frente 47 durante muy poco tiempo y bajo las órdenes del comandante del bloque.

### **3.4. La macrocriminalidad como nuevo *modelo de investigación criminal*.**

La macrocriminalidad, como se ha expuesto, es un método de investigación criminal a nivel de crímenes a gran escala, pero no constituye, *per se*, un nuevo modelo de investigación, sino que define el *modus operandi* de los delitos de trascendencia para la sociedad.

Si bien la investigación criminal como el conjunto de técnicas y medios para buscar la verdad, no es una novedad, la macrocriminalidad utiliza el mismo conjunto de técnicas para la construcción de patrones, que la Fiscalía ha configurado erróneamente como equivalentes a los tipos penales de mayor impacto en el ámbito jurisdiccional de JyP, de acuerdo con las mismas sentencias proferidas por la sala de JyP.

Para establecer la diferencia entre el método de las ciencias empíricas y de las ciencias normativas, el jurista se sirve del método dogmático, abstracto, deductivo, formal; mientras que el criminólogo se sirve del método inductivo, empírico e interdisciplinario<sup>722</sup>.

El jurista deduce determinadas consecuencias de una afirmación lógica, cuya corrección no necesita ser demostrada (por vía empírica), así llega a las oportunas conclusiones, sin que le preocupe verificar su hipótesis inicial, ni siquiera la verificabilidad de la misma. Al científico empírico, por el contrario, no le está permitido tal proceder. También él parte de unas hipótesis de trabajo (provisionales) que le permiten examinar un objeto desde determinados puntos de vista; pero tales hipótesis son revisables a la luz de los resultados obtenidos. Porque si presentara como conocimiento empírico una tal hipótesis o declaración científica, sin previa revisión o posibilidad de revisar empíricamente la misma y extrajera de ella otras conclusiones, habría abandonado ya el terreno de las ciencias empíricas<sup>723</sup>.

---

<sup>722</sup>GARCIA-PABLOS, A. *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2003, pp. 251 y 252.

<sup>723</sup>GÖPPINGER, H. *Criminología*, Ed. Reus S. A., Madrid, 1975, p. 15.

### *El modus operandi del método científico*<sup>724</sup>

De acuerdo con GARCÍA-PABLOS, el método científico en las disciplinas empíricas exige unas reglas o criterios del método en sus diferentes etapas:

*Las reglas del método:* Toda investigación científico-empírica debe ser fiable, es decir, comprobable; debe ser válida, en cuanto se refiere al contenido de la comprobación, es decir la justificación racional de lo que debe ser establecido; debe ser de relevancia, esto es, la necesaria armonía y coherencia entre el todo y la parte (Göppinger, p. 73).

*Determinación del modelo de investigación*<sup>725</sup> : Para determinar el modelo de la investigación el investigador debe tener en cuenta la delimitación clara del tema central, el contexto del mismo, claridad y consistencia lógica en las hipótesis que se presentan; cuestiones e hipótesis, definiciones operacionales, la naturaleza de la investigación, la representatividad de la muestra, validez y legitimidad de la contribución experimental, objetividad, control y corrección de la investigación. La interpretación de los resultados debe ser significativa integrándose en el marco teórico existente a fin de contribuir al progreso de los conocimientos sobre el problema.

*Fases y momentos de la investigación:* La investigación científica configura un proceso, un conjunto de operaciones distintas y sucesivas e interdependientes que recogen de un modo sistemático informaciones validas sobre un fenómeno observable cuya finalidad es comprenderlo y explicarlo<sup>726</sup>.

Las fases o momentos de la investigación son: La delimitación del problema objeto de investigación; la elaboración de un marco de referencia que inserte la investigación en una perspectiva teórica general; la definición del modelo operativo que va del modelo teórico al operativo mediante la definición de las dimensiones, la selección de indicadores referidos a estas y las observaciones particulares acordes con los objetivos teóricos, lo que permite identificar y seleccionar las informaciones recogidas; la recogida de datos que debe ser neutral; y finalmente el análisis e interpretación de datos y formulación de hipótesis (Göppinger, pp. 60 y 79).

---

<sup>724</sup>GÖPPINGER, H. *Criminología*, Ed. Reus S. A., Madrid, 1975, p. 15.

<sup>725</sup>PINATEL, J., *Tratado de Derecho penal y Criminología*, Ed. Aguilar, Madrid, 1979, p. 95 y ss.; MIRALES, T. *Métodos y Técnicas de Criminología*, 1982, pp. 33-42.

<sup>726</sup>PINATEL, J., *Tratado de Derecho penal y Criminología*, Ed. Aguilar, Madrid, 1979, p. 254.

No hay como tal un método criminológico, sino diversos métodos y técnicas de investigación. El método empírico presupone las características que se acaban de presentar; mientras que la técnica concreta de investigación “viene impuesta por las características del objeto examinado, y por los ámbitos y fines de la investigación”<sup>727</sup>.

### **3.5. El contexto como factor determinante en el modelo de macrocriminalidad.**

#### **¿A cuál contexto nos referimos?**

La LJP, como se ha venido mostrando a lo largo de este trabajo, está fundada en los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición; sin embargo, en el trasegar del día a día, he podido entender que la verdadera política que se aplica en esta ley es la llamada *cultura de la emergencia* y/o excepcionalidad penal, especialmente en lo relativo a los llamados delitos políticos, que buscan legalizar “el tratamiento especial, benévolo y premial a la figura de los delatores/arrepentidos/colaboradores con la Justicia”<sup>728</sup>.

Tal como se ha podido constatar en la LJP, y como corresponde con una política premial, el arrepentimiento corresponde a la obtención de un beneficio punitivo que condiciona al individuo. Como afirma RIVERA: “se trata de alcanzar el *cambio de bando* del infractor a cambio de una *remuneración judicial* o negociada judicialmente” (p. 256). Se instrumentaliza al inculcado para utilizar su confesión contra sus ex compañeros delatados y deja de ser acusado para pasar a la categoría de testigo y declara bajo la gravedad de juramento en su contra<sup>729</sup>.

Una de las técnicas punitivas de la construcción del contexto en el ámbito de la LJP, es la *delación* como requisito estructural de la postulación para ingresar a la ley, o mejor para ser ‘beneficiario’ de la misma.

Es así como la ley estableció que los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley que se hayan postulado y *que se acojan en forma expresa a los procedimientos y beneficios de la misma*, rendirán versión libre en la cual manifestaran las circunstancias de

---

<sup>727</sup>GARCIA-PABLOS, A. *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2003, p. 256

<sup>728</sup>RIVERA BEIRAS. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 114 y 117.

<sup>729</sup>RIVERA BEIRAS. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, op., cit, p. 118.

tiempo, modo y lugar en que hayan participado en los hechos delictivos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo<sup>730</sup>.

Esto implica que deben suministrar información sobre todas las personas involucradas en los hechos que se enuncien, empezando por la participación del mismo postulado, renunciando, como requisito *sine quan non*, para ser postulado al derecho de no autoincriminación<sup>731</sup>.

Se exigió como requisito de elegibilidad para la desmovilización individual que el *desmovilizado*<sup>732</sup> entregue información o colabore con el desmantelamiento del grupo al que pertenecía, para *contribuir a la consecución de la paz nacional*<sup>733</sup> y en consecuencia acceder a los *beneficios* de la ley. Este requisito de elegibilidad no se exigió para los integrantes de grupos de autodefensas que se desmovilizaron en forma colectiva. Esta omisión tiene un carácter político, en cuanto que si bien, se desmovilizo el grupo en su conjunto, personas ajenas al grupo, como militares, políticos, ganaderos y empresarios en general, si promovieron estos a estos grupos de autodefensas para la comisión de crímenes que les beneficiaban.

Estos requisitos son valorados por el Tribunal de JyP y si los magistrados consideran que no se cumplió satisfactoriamente pueden excluir al postulado de la LJP y enviar toda la información e investigación, incluyendo lo confesado, a la justicia ordinaria para que se continúen los procesos.

Los beneficios están fundamentados en la llamada *alternatividad*<sup>734</sup>, que consiste en suspender la ejecución de la pena que se impondría en la Justicia ordinaria, para sustituirla por la pena alternativa que oscila entre cinco y ocho años de privación de la libertad y que se concede entre otras razones, por la colaboración del beneficiario con la justicia, no solamente durante el proceso, sino durante el periodo de ejecución de la pena en el cual deberá “promover

---

<sup>730</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, art. 17.

<sup>731</sup>Constitución Política de Colombia. Art. 33. “Artículo 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

<sup>732</sup>PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 128 del 22 de enero de 2003: “Artículo 1. **Desmovilizado**. Aquel que por decisión individual abandone voluntariamente sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entregue a las autoridades de la República”.

<sup>733</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, art. 11.1.

<sup>734</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, art. 3.

actividades orientadas a la desmovilización del grupo armado al margen de la ley al cual perteneció”<sup>735</sup>.

De todas maneras, si cumplida la pena alternativa más un término igual a la mitad de ella como periodo de prueba, en caso de que no se declare la extinción de la pena principal, se revocaría a libertad a prueba y se cumpliría la pena ordinaria.

Esta política de delación y arrepentimiento condiciona la construcción del contexto y la efectividad de la LJP, que nos envía al plano subjetivo y moral como condicionantes de los requisitos de elegibilidad y posterior ejecución de la pena alternativa, como cuando la ley exige al postulado como una de las obligaciones de reparación a las víctimas “El reconocimiento público de responsabilidad, la declaración pública de arrepentimiento y el compromiso de no incurrir en conductas punibles”<sup>736</sup>.

La exigencia de confesión y arrepentimiento, para acceder a los ‘beneficios’ de la ley, hacen remembranza de los sagrados tribunales de la inquisición, en los cuales la confesión era la prueba reina para determinar la *verdad* y el *arrepentimiento*, el factor moral determinante para satisfacer a la sociedad, a la iglesia, al rey y a las víctimas.

La confesión lograda, no a través de la tortura, sino de un premio, y el arrepentimiento que se busca para conseguirlo, superan la normativa tanto legal como constitucional del Derecho penal de acto, para trascender nuevamente a los postulados del Derecho penal de autor en cuanto a la búsqueda de la satisfacción por arrepentimiento y la búsqueda de la verdad por la confesión<sup>737</sup>.

---

<sup>735</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005. art. 29.

<sup>736</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005 art. 44.3.

<sup>737</sup>NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 74. “ al acreedor se le concede, como restitución y compensación, una especie de sentimiento de bienestar –el sentimiento de bienestar del hombre a quien le es lícito descargar su poder, sin ningún escrúpulo, sobre un impotente, la voluptuosidad de faire le mal pour le plaisir de le faire (hacer el mal por el placer de hacerlo), el goce causado por la violentación: goce que es estimado tanto más, cuanto mas hondo y bajo es el nivel en que el acreedor se encuentra en el orden de la sociedad y que fácilmente puede presentársele como un sabrosísimo bocado, mas aún como gusto anticipado de un rasgo mas alto. Por medio de la “pena” infligida al deudor, el acreedor participa de un derecho de señores: por fin llega también él a experimentar el exhaltador sentimiento de serle lícito despreciar y maltratar a un ser como a un “inferior” – o al menos, en el caso de que la auténtica potestad punitiva, la aplicación de la pena, haya pasado ya a la “autoridad” , el verlo despreciado y maltratado . La compensación consiste, pues, en una remisión y en un derecho a la crueldad.”

Según RIVERA<sup>738</sup>, el arrepentimiento del sujeto a premiar no es el espontáneo de las legislaciones penales ordinarias, sino de un arrepentimiento calculado sobre la base de medir los beneficios a obtener; en el caso de la JTr es de carácter punitivo. Se trata de alcanzar el cambio de bando del infractor a cambio de una remuneración judicial o negociada judicialmente.

Se trata, afirma el autor, de instrumentalizar al inculcado para, posteriormente, utilizar su confesión como prueba privilegiada contra sus ex - compañeros delatados. El arrepentido, de acuerdo al grado de *arrepentimiento/delación/traición* suele dejar de ser un acusado para pasar a ser testigo, no imparcial, pero si interesado y ya no podrá confiarse en la verdad, pues esta queda condicionada a su propio interés, porque

*“sus beneficios pasan a ser inversamente proporcionales a los perjuicios de las personas delatadas; la regla es simple: cuanto más perjuicio logre sobre los ex - compañeros, mas beneficio personal alcanzará. [...] terminará por cumplir menos condena, no quien delinca menos, sino quien delate más”*<sup>739</sup>.

La LJP, en la forma como fue concebida, obedece a esta política de delación y arrepentimiento para ‘resolver’ lo que FERRAJOLI denomina *la antinomia entre la guerra y el derecho*, porque la guerra puede ser justificada por razones de tipo económico político o moral, pero nunca legal, pues es una contradicción en la medida en que el derecho regula el uso de la fuerza; mientras que la guerra, al igual que la criminalidad, es violencia desregulada y está prohibida dentro de cualquier ordenamiento jurídico; es decir, que el derecho es un instrumento de paz para la solución pacífica de los conflictos y la imposición y la limitación del uso de la fuerza<sup>740</sup>.

Prácticamente, se redujo a una política de delación y arrepentimiento la aceptación de la antinomia entre el conflicto armado colombiano y el derecho. Con esta política de transición se logra reducir a la categoría de delatores, traidores y arrepentidos a los miembros desmovilizados de los grupos insurgentes, haciendo extensiva las mismas caracterizaciones de la guerra a la subversión y a los grupos paramilitares que apoyaron al Estado a lo largo del conflicto.

---

<sup>738</sup>RIVERA BEIRAS. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, p. 117

<sup>739</sup>RIVERA BEIRAS. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, op.cit., p. 118

<sup>740</sup> FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoria del Derecho y de la Democracia*. Tomo II, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pp. 485, 486.

Es así como la política criminal del Estado colombiano, no solo introdujo la LJP, sino que la reformó, incorporando la política de priorización, que ya fue objeto de estudio en el capítulo 1º, e incorporando al proceso transicional el modelo de macrocriminalidad, indicando que uno de los aspectos fundamentales para develar la verdad, es la construcción del contexto en que se dieron los hechos.

Con las salvedades iniciales que se han esbozado como condicionantes de la verdad y la legalidad, a continuación se desarrollará el ‘contexto’ que se está aplicando a partir de esta política de priorización y macrocriminalidad en los procesos de JyP:

Como se ha mencionado a lo largo de este escrito, con la directiva 001 del 04 de octubre de 2012, la FGN adoptó criterios de priorización de situaciones y casos y creó un sistema de investigación penal y de gestión. La Ley 1592 de 2012 otorgó facultades al fiscal general de la nación para definir los criterios de priorización de casos que tienen carácter vinculante y estableció que dichos criterios “estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a develar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables” (art. 16ª).

Solamente con el hecho de facultar al ente acusador para determinar los criterios de priorización y develar los contextos del conflicto armado, en el cual solo hay uno de los actores, que es la subversión, quienes han sido reducidos al grado de delincuentes y terroristas en la misma categoría que los grupos de autodefensa, considero *prima facie* que esta política de Estado carece de un verdadero escenario, no solo para buscar la paz, sino para lograr la construcción de una memoria histórica que cobije a todos los actores y autores de hechos que configuran graves crímenes para la humanidad.

El ente acusador, tiene la facultad de acusar, previa investigación de los hechos que revisten características de un delito, tal como lo afirma el artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, es decir que su finalidad es la de buscar por todos los medios la condena, más aún en el caso de la LJP, en la que la única opción de sentencia es la condenatoria.

En la misma norma constitucional se le exceptúa de investigar y acusar sobre “las conductas punibles cometidas por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio”<sup>741</sup>, ya que esto es competencia de los Tribunales Militares.

Con base entonces en las atribuciones para definir los criterios de priorización no solo a partir de la Ley 1592, sino de la misma Carta Política en el marco jurídico para paz, que considero que los criterios de priorización y selección son inherentes a la JTr, el fiscal expidió la directiva 002 de 1012.

En esta Directiva se indicó que el contexto, es un marco de referencia acerca de elementos de orden geográfico, político, económico, histórico, social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos servidores públicos y particulares que colaboran con ellos. Debe comprender una descripción de la estrategia, dinámica y funcionamiento de las organización delictivas.

Se puede evidenciar, sin necesidad de emitir juicios al respecto que dentro de las personas a las cuales va dirigida la acción de la Fiscalía, no tiene Jurisdicción ni competencia sobre los integrantes de la fuerza pública y en ese escenario, desarrollar una verdadera estrategia de las organizaciones delictivas, ya genera un obstáculo porque no se podrá conocer la verdad, ni la estructura ni los responsables, o las conductas, en la forma como se pretende.

La misma directiva establece que con la creación de contextos se busca conocer la verdad; evitar la repetición de estos actos, establecer la estructura de la organización delictiva; determinar el grado de responsabilidad de sus integrantes y colaboradores; unificar actuaciones que permitan a la fiscalía esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y de iure; y emplear esquemas de doble imputación penal.

Según el Programa de Observatorio a la Justicia,

*“la posibilidad de que ella sea aplicada en delitos cometidos en contextos de paz ha generado recientemente reacciones adversas por parte de diversos actores que consideran la estrategia como una fuente de desigualdad e impunidad. En el arribo a esta conclusión ha contribuido la forma en la que se ha comunicado la nueva política y las confusiones que se han presentado respecto a otras herramientas de gerencia de las investigaciones con las que ella puede articularse”*<sup>742</sup>.

---

<sup>741</sup> CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA 1991, art. 221.

<sup>742</sup> USAID y el PROGRAMA DE EXCELENCIA A LA JUSTICIA. Priorización de casos en la Fiscalía: una oportunidad para la nueva gerencia del sistema acusatorio, agosto 13 de 2013.



En lo que tiene que ver con la construcción de contextos, se afirma en la directiva que se recaudarán y valorarán en conjunto diversas fuentes de información; y el recaudo de información y elementos para su construcción, a su vez, debe servir de material probatorio y evidencia física.

Considero contradictorio este doble uso que se le da a los elementos encontrados para la construcción del contexto para fines de prueba, por cuanto la finalidad del primero es la búsqueda de la verdad y la construcción de la memoria histórica; mientras que la finalidad del segundo es buscar los elementos y evidencia que sustenten la sentencia condenatoria.

Para desarrollar esta política, se creó la unidad de análisis y contextos de la Fiscalía <sup>743</sup>, con el objetivo de articular la información aislada que se encuentra en las diversas unidades de fiscalía y asumir los procesos que hagan parte de las situaciones y casos priorizados por el Comité de Selección y Priorizaciones de Casos <sup>744</sup>.

La política de priorización, no es otra cosa que la selección de casos para que se investiguen y judicialicen de manera más expedita, dependiendo de los diferentes criterios establecidos en la Directiva.

Según el Informe de Rendición de Cuentas de la Unidad de Análisis y Contexto <sup>745</sup>, la selección se realiza en tres niveles: uno a nivel nacional, otro a nivel de las unidades nacionales de fiscalía y el tercero, a través de las direcciones seccionales de fiscalía.

En el primer nivel los casos priorizables tiene dos fuentes: la petición de cualquiera de los integrantes del comité y a petición ciudadana, debidamente argumentados. En el segundo y tercer nivel, a petición de un integrante del comité o petición ciudadana, y con la presentación de un plan de acción previo.

Considero que estos criterios de selección son discrecionales, porque debería ser el producto de un trabajo mancomunado de las instituciones del Estado, en conjunto con las diferentes

---

<sup>743</sup>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 1810 del 04 de octubre de 2012.

<sup>744</sup>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Resolución 1811 del 04 de octubre de 2012.

<sup>745</sup>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. “Innovación en la Investigación Penal”. Informe de Rendición de Cuentas 2012- 2013. Unidad de Análisis y Contextos. Octubre de 2013. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-rendici%C3%B3n-de-cuentas-UNAC-2012-2013.pdf>.

organizaciones de la sociedad civil y obedecer a intereses más democráticos y participativos que a los que buscan esencialmente la búsqueda de una sentencia condenatoria.

En este sentido, la selección de los que serán judicializados por señalamientos que obedecen a intereses específicos, en cabeza del ente acusador es un tributo a la negligencia e ineficacia de la Fiscalía en su actuar investigativo, en la medida en que no debe priorizarse casos de manera selectiva; sino establecer una política criminal contraria al Derecho penal máximo característico del sistema penal colombiano que ha llegado al límite de la criminalización de muchos actos de la vida cotidiana que podrían ventilarse y resolverse en otros escenarios. ¿A cuál contexto nos referimos?

La sala de conocimiento del Tribunal de JyP de Medellín, refiriéndose a la construcción de la verdad histórica y la construcción del contexto nacional se planteó dos interrogantes:

*“¿cómo es posible que el régimen político colombiano haya conservado una apariencia democrática, a pesar de padecer una de las tragedias humanitarias más graves del orbe en los últimos 30 años y sin lugar a dudas la más grave de América Latina en ese período?*

*¿Y cómo el gobierno ha seguido funcionando con elecciones aparentemente libres, con cambios de Presidente y alternación de los partidos y promulgación y vigencia de las leyes, como cualquier régimen democrático, a pesar de vivir las más graves violaciones a los DH y al DIH a todo lo largo y ancho de la geografía nacional?”.*<sup>746</sup>

Para dar respuesta a estos interrogantes, en relación con el origen y desarrollo de los grupos de autodefensas, afirmó que:

*“El surgimiento y expansión de los grupos paramilitares, a diferencia de lo que se ha sostenido en muchos sectores, no obedece a la ausencia del Estado [...]. Por el contrario, nacieron y crecieron allí donde había presencia del Estado y de las Fuerzas Militares y de la mano de éstas.*

*Las convivir y COOSERCOM fueron una estrategia del Estado en la lucha contrainsurgente y el control social de la población. Ambos fueron una fuente o cantera de los grupos paramilitares y en más de un caso una herramienta para encubrir sus actividades”.*

Refirió que la vinculación de la fuerza pública y los paramilitares no fue aislada, sino que se convirtió en una política anticipada, permitida y facilitada por los altos mandos de la fuerza

---

<sup>746</sup>El TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, Sala de Justicia y Paz. Auto de control de legalidad de cargos contra siete postulados del Bloque Cacique Nutibara del 04 de septiembre de 2013. La decisión firmada por los Magistrados Rubén Darío Pinilla Cogollo y María Consuelo Rincón Jaramillo, tuvo salvamento de voto del doctor Juan Guillermo Cárdenas Gómez.

pública y que los empresarios promovieron y financiaron las CONVIVIR y los grupos paramilitares.

Consideró además que

*“Los grupos paramilitares fueron fruto de una política de Estado. Su creación y expansión fue un propósito común de amplios sectores de éste, las fuerzas militares y la sociedad civil y fue posible gracias a la financiación de la empresa privada y el narcotráfico y la alianza entre todos ellos. Los demás fueron complacientes o condescendientes con ese fenómeno y lo toleraron. Sólo de esa manera se explica que en el corto lapso de unos pocos años coparan todo el país”.*

Estableció que la Fiscalía General de la Nación ha sido omisiva en la investigación y acusación de las estructuras y redes que promovieron, auspiciaron, financiaron y apoyaron los grupos paramilitares [...]” y que El nombre del ex Presidente Álvaro Uribe Vélez aparece vinculado en este texto a muchos pasajes y eventos relacionados con el origen y la expansión de los grupos paramilitares y los graves hechos cometidos por éstos<sup>747</sup>.

---

<sup>747</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN, Sala De Justicia y Paz, 04 de septiembre de 2013: A manera de recapitulación, está detrás de Pedro Juan Moreno Villa, quien fue su Secretario de Gobierno mientras se desempeñó como Gobernador de Antioquia y quien no sólo concibió y desarrolló el proyecto de COOSERCOM como un laboratorio del paramilitarismo, sino que ha sido señalado como uno de los 6 ó 12 líderes que definían y orientaban la política de las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá. Conjuntamente con éste, está detrás de la promoción, impulso y apoyo de las Convivir en Antioquia, que van a ser un germen del paramilitarismo, entre las cuales se cuenta la Convivir Papagayo, la más emblemática de todas, y a las que tenía el deber de hacerles seguimiento, de conformidad con los decretos de Ley. Está detrás de la hacienda Guacharacas, donde se asentó la Convivir El Cóndor y que, al decir de Jhon Fredy González Isaza, eran los mismos paramilitares y cuyo administrador era un colaborador de éstos. Está detrás de la pacificación de Urabá durante su período como Gobernador, que el exaltó y promovió como un ejemplo nacional, realizada de la mano del General Rito Alejo del Río y los paramilitares de la región. Está detrás del homenaje de desagravio realizado en el Hotel Tequendama a dicho General, después de haber sido retirado por sus vínculos con los paramilitares, para el cual vino exclusivamente desde el exterior y actuó como oferente y orador. Está detrás de las omisiones en la masacre del Aro, de la cual fue informada la Gobernación a su cargo desde su comienzo y que no se le pudo ocultar por la gravedad de la situación y a cuya comunidad no le brindó apoyo durante 7 días y luego desmintió las denuncias. Está detrás de la Operación Orión y la toma de la Comuna 13, realizada concertadamente con los paramilitares del Bloque Cacique Nutibara con el fin de eliminar el último bastión de las milicias urbanas y consolidar el dominio de dicho bloque, como lo reconoció Diego Fernando Murillo Bejarano, que él ordenó y a cuya iniciación y despliegue asistió. Está detrás de la negociación con los grupos paramilitares una vez llegó a la Presidencia, con cuyos votos salió elegido como confesaron varios comandantes y del proyecto de alternatividad penal presentado originalmente al Congreso que aseguraba prácticamente su impunidad a pesar de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, mientras le declaraba la guerra total a las demás organizaciones armadas ilegales. Está detrás del General Mauricio Santoyo, a su servicio como Gobernador de Antioquia y luego como su Oficial de Seguridad en la Presidencia de la República, cuyos vínculos con los paramilitares están ya establecidos y que no pudo ser su asesor de seguridad sin su asentimiento. Está detrás de los Directores del DAS investigados por sus vínculos con los paramilitares y otros crímenes.

A nivel de la región, pudo verificar que el origen de los grupos paramilitares en Medellín y el Área Metropolitana, se presentó primero de la mano del Bloque Metro y luego del Bloque Cacique Nutibara y las víctimas eran mujeres y hombres más pobres con menos educación; así como también aquellos que no se acomodaban a sus cánones de vida o se oponían a sus prácticas.

Los patrones de ejecución eran delitos que cometían en público como una forma de exhibición de su poder y control, que refrendaban con letreros alusivos al grupo armado ilegal o a los motivos del hecho.

A sus víctimas las asesinaban con disparos en la cabeza, a corta distancia y en situación de indefensión.

*“La Sala también tiene evidencia de que la desaparición forzada de personas fue un medio utilizado para no aumentar los índices de homicidio de la ciudad, como una forma de colaboración con la Fuerza Pública, y especialmente la Policía, porque los desaparecidos no contaban y los cadáveres sí. Y para ese efecto se desmembraban los cadáveres sin ningún respeto por el cuerpo humano. En algunos casos, realizaron masacres y operaciones masivas con exhibición de fuerza, allanamiento de viviendas, retención de personas y despojo de bienes. Éste, en múltiples casos asociado al desplazamiento forzado, fue una práctica generalizada como veremos más adelante”.*

Según indica el tribunal, el objetivo primordial era el dominio sobre la tierra y el control sobre la población, sustituyendo a las autoridades y haciendo ‘limpieza social’ para mantener su dominio y resolver los conflictos de la sociedad.

Infortunadamente, en el transcurso del proceso de JyP, se ha podido evidenciar en muchos casos la participación de la sociedad civil al acceder a estas prácticas, suministrando los nombres de personas que cometieron hurtos, o que eran drogadictos, homosexuales, etc. que fueron víctimas de la llamada limpieza social.

*“La cuestión es que también la sociedad se dejó permear de ese fenómeno y en más de un caso refrendó el dominio y control de la organización ilegal y acudió o se aprovechó de ellos como si fueran la autoridad legítima para ejecutar represalias y castigos”.*

---

No puede ser que ignorara todo lo que estaba sucediendo en esos casos, o todos esos hechos se cometieran a sus espaldas, como tantos otros que se les atribuyen a sus colaboradores más cercanos y que tampoco podía ignorar como los actos cometidos contra la Corte Suprema de Justicia.

Por supuesto, hay también testimonios en ese sentido, como los de Pablo Hernán Sierra, conocido como Alberto Sierra, comandante del Bloque Cacique Pipintá y Aldides de Jesús Durango, conocido como René, comandante del Bloque Suroeste y otros más

En esta decisión el Tribunal excluyó a siete postulados de la LJP y ordenó investigar al ex presidente Álvaro Uribe Vélez “por su participación en la promoción, organización y apoyo a grupos paramilitares y asociaciones Convivir ligadas a ellos directamente, por acción y omisión y/o concertarse con ellos, no sólo como Gobernador de Antioquia, sino después y como Presidente de la República”.

Igualmente, ordenó investigar a la ex fiscal general de la nación, Vivian Morales, y a otros altos funcionarios de la Fiscalía, por el posible delito de prevaricato por omisión, por su actuación en la investigación y juicio de los generales Mario Montoya Uribe y Leonardo Gallego Castrillón y de los demás generales y altos oficiales de las Fuerzas Armadas, comprometidos en graves violaciones a los DH y al DIH.

Ordenó investigar a altos comandantes de las fuerzas militares por promover, organizar y apoyar a los grupos paramilitares y/o concertarse con éstos; a empresarios privados comprometidos en la promoción, organización, financiación y apoyo de grupos paramilitares y el estado de la respectiva investigación; y expedir copia de esta decisión con destino a la Fiscal de la CPI para efectos de la evaluación y seguimiento que adelanta de la situación de graves violaciones a los DH y al DIH en Colombia, entre muchas otras decisiones.

La CSJ<sup>748</sup> declaró la nulidad de la decisión del Tribunal proferida el 04 de septiembre de 2013, por considerar que la magistratura ejerció funciones instructivas donde se invadió el campo de acción de la fiscalía y la sala del Tribunal *se convirtió en instructor adicional, en tanto i) acumulo motu proprio diversos procesos...*

Como era de esperarse, por las razones que fueran, no era posible mantener una decisión judicial de esta índole, especialmente, porque ha sido la única, que a pesar de conocer cuáles son presuntamente algunos de los máximos responsables de los graves crímenes que se han cometido en Colombia, tomo la decisión de ordenar que se adelantaran investigaciones contra los presuntos máximos responsables de las graves violaciones contra los DH y contra el DIDH.

### **Entonces, ¿a cuál contexto se refieren las decisiones judiciales?**

El objetivo de este análisis es revisar la construcción del contexto que se está construyendo sobre los grupos paramilitares y los grupos de insurgencia, para establecer si el mismo para unos y otros; o si por el contrario estamos hablando de dos situaciones diferentes, ya que esto

---

<sup>748</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Rad. 43005 del 23 de julio de 2014, Magistrada ponente: Maria del Rosario Gonzalez Muñoz. Aprobación de acta No 235.

nos permitirá abordar los criterios para la construcción de patrones y analizar si estos patrones constituyen crímenes lesa humanidad o crímenes de guerra o crímenes de conocimiento de la CPI; y finalmente, determinar si la construcción de ese contexto y esos patrones corresponden realmente con la realidad de la guerra en Colombia, recordando que al inicio de este capítulo se delimitó históricamente el origen y el desarrollo del conflicto armado.

Para responder este interrogante, abordaremos el estudio del contexto en tres escenarios: El primero, dirigido establecer el contenido y alcance del contexto dentro de la JTr; el segundo, de manera específica, al contexto construido para los grupos de autodefensas o paramilitares; y el tercero, el contexto que se está diseñando en torno a los grupos insurgentes.

### **1.- El contexto en el ámbito de la JTr.**

*Contexto* es un término que deriva del vocablo latino *contextus* y que se refiere a todo aquello que rodea, ya sea física o simbólicamente, a un acontecimiento, a partir de lo cual se puede interpretar o entender un hecho<sup>749</sup>. Es el entorno físico o de situación, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el cual se considera un hecho<sup>750</sup>. Es Conjunto de circunstancias que rodean una situación y sin las cuales no se puede comprender correctamente: “el contexto histórico y social incide sobre los significados de la obra literaria”<sup>751</sup>.

De acuerdo con la Directiva 001<sup>752</sup>, *contexto* es el marco de referencia de orden geográfico, político, económico, histórico y social en el cual se han perpetrado delitos por parte de grupos criminales, incluidos aquellos en los que servidores públicos y particulares colaboran con aquellos. Incluye una descripción de la estrategia de la organización delictiva, sus dinámicas, aspectos logísticos, redes de comunicaciones y de apoyo y el análisis de su funcionamiento.

Tiene como objetivos: (i) Conocer la verdad de lo sucedido. (ii) Evitar su repetición. (iii) Establecer la estructura de la organización delictiva. (iv) Determinar el grado de responsabilidad penal de los integrantes y colaboradores de la organización criminal. (v)

---

<sup>749</sup>Tomado de la página: <http://definicion.de/contexto/#ixzz3knhRKtKh>.

<sup>750</sup>RAE. <http://lema.rae.es/drae/?val=contexto>.

<sup>751</sup>Diccionario Diccionario General de la Lengua Española Vox

<sup>752</sup>DIRECTIVA NO 001 DEL 04 DE OCTUBRE DE 2012, “por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”.

Unificar la actuación de la FGN para esclarecer patrones de conducta, cadenas de mando fácticas y de iure. (vi) emplear esquemas de doble imputación penal, entre otros.

Para esto, debe recaudar y valorar en su conjunto, y de forma ponderada y sistemática, diversas fuentes de información, y adoptar las medidas procesales necesarias para que estos elementos puedan a su vez servir de material probatorio y evidencia física.

El Decreto 3011<sup>753</sup> definió el contexto como

*“el marco de referencia para la investigación y juzgamiento de los delitos perpetrados en el marco del conflicto armado interno, en el cual se deben tener en cuenta aspectos de orden geográfico, político, económico, histórico, social y cultural. Como parte del contexto se identificará el aparato criminal vinculado con el grupo armado organizado al margen de la Ley, y sus redes de apoyo y financiación”* (art. 15).

La construcción de contextos ha sido reconocida también a través de recomendaciones de organizaciones internacionales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), quienes han sostenido que las estrategias de persecución judicial en contextos transicionales, es una perspectiva de análisis pertinente y útil para reconstruir el funcionamiento general de aparatos organizados armados de poder, identificar los máximos responsables, y establecer las relaciones existentes entre el funcionamiento de la maquinaria de poder y la comisión de crímenes de guerra<sup>754</sup>.

El Tribunal de Justicia y Paz, consideró relevante señalar que los contextos sirven para identificar factores y tendencias de los fenómenos socio-históricos, en cuyo marco adquieren plena significación los relatos o las versiones de los actores. En este sentido, si bien los elementos contextuales no permiten explicar con totalidad y abarcar con plenitud los hechos criminales y las víctimas de dichas actuaciones, sí permiten comprender mejor la intencionalidad de parte del grupo ilegal de violentar a cierto tipo de comunidades o grupos específicos (políticos, sexuales, sindicales, económicos), y cómo entendía su funcionamiento y su relación con los civiles y con las “personas” o “grupos” al margen de la ley que decía

---

<sup>753</sup> PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 3011 de 2013 por el cual se reglamenta la Ley 1592 de 2012.

<sup>754</sup> Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento, Nueva York-Ginebra, doc. HR/PB/06/4, 2006. Disponible en: [www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf).

ataca<sup>755</sup>.

## **2.- El contexto en relación con los grupos de autodefensas:**

Nuestra tesis, como hemos venido presentando, es que los grupos de paramilitares y sus diferentes modalidades en el contexto histórico, no configuran *per se*, un grupo autónomo independiente, sino que hacen parte de una de las partes del conflicto que es el Estado, en la medida en que apoyaron y coadyuvaron de manera permanente a las fuerzas militares, a la clase política y a los grupos económicos en la comisión de graves crímenes para la humanidad. En consecuencia, pretender develar el contexto del conflicto armado bajo la idea de que actuaron de manera autónoma como un grupo armado organizado al margen de la ley, debilita la verdad histórica y el principio de verdad.

En este entendido mostraremos el contexto que se está construyendo en el ámbito de la LJP respecto de los miembros de los grupos de autodefensas que se desmovilizaron de manera colectiva y que están siendo juzgados por crímenes cometidos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo y haremos referencia a las diferentes decisiones judiciales desde la implementación de la política de priorización que fue la que se definió en la Ley 1592 de 2012, el decreto 3011 de 2013 y la Directiva de la FGN, que implemento la política de priorización y el modelo de investigación de macrocriminalidad:

### **Caso concreto No 1. Bloque Calima y Bananero de las AUC<sup>756</sup>**

De acuerdo con el informe, se afirma que según el “Plan de Priorización” de la Unidad Nacional de Fiscalía “se requiere construir por medio del análisis de información y datos, los patrones de macrocriminalidad que se le atribuyen al grupo organizado al margen de la Ley denominado bloque BANANERO Y CALIMA”.

El objeto es la “construcción del patrón de MACROCRIMINALIDAD de DESAPARICIÓN FORZADA por medio del análisis cualitativo y cuantitativo de la información”.

---

<sup>755</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Tribunal de Justicia y Paz. Sentencia del 30 de octubre de 2013. Rad. 11-001-60-00 253-2006 810099 Rad. Interno 1432 HÉBERT VELOZA GARCÍA

<sup>756</sup> INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO FPJ-11. No. caso 110016000235200681099 del 07 de julio de 2013, presentado por la Fiscalía 17 de Justicia y Paz, p. 517.



Los resultados de la actividad investigativa parten de la estrategia de priorización “enfocado entre otros puntos a “la persecución efectiva de los máximos responsables... a efectos de conocer la verdad de lo sucedido, evitar la repetición y propender por la reparación”.

Según se informa en la sentencia del 13 de octubre de 2013<sup>757</sup>, este contexto es producto de un trabajo de organización del dossier presentado por la Fiscalía 17 de Justicia y Paz, complementado con fuentes historiográficas primarias y secundarias, a través de las cuales se procuró reconstruir la historia material de los hechos delictivos que cometió el Bloque Bananero, al mando de HÉBERT VELOZA GARCÍA, alias “HH”, en la región del Urabá colombiano.

Afirma la sala que la elaboración de contextos es una “buena práctica” para la construcción de la verdad judicial y

*“de este modo las siguientes sentencias de cada bloque puedan ser más ágiles de desarrollar<sup>758</sup>[...] Es una perspectiva de análisis pertinente y útil para reconstruir el funcionamiento general de aparatos organizados armados de poder, identificar los máximos responsables, y establecer las relaciones existentes entre el funcionamiento de la maquinaria de poder y la comisión de crímenes de guerra”<sup>759</sup>.*

Indica la Sala del Tribunal que los contextos sirven para identificar factores y tendencias de los fenómenos socio-históricos, en cuyo marco adquieren plena significación los relatos o las versiones de los actores y que si bien los conexos no permiten abarcar con plenitud los hechos criminales, si permiten comprender mejor la intencionalidad del grupo de violentar a determinado grupo de comunidades o grupos específicos y que en consecuencia, las víctimas del accionar paramilitar no obedecen a hechos aislados, sino a la intencionalidad, racionalidad y estrategia del grupo ilegal en una zona determinada.

---

<sup>757</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz, del 30 de octubre de 2013, contra HEBERT VELOZA GARCIA dentro del radicado. Rad. 11-001-60-00 253-2006 810099 Rad. interno 1432, p. 158.

<sup>758</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz, del 30 de octubre de 2013, contra HEBERT VELOZA GARCIA dentro del radicado. Rad. 11-001-60-00 253-2006 810099, p. 159.

<sup>759</sup>Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto. Iniciativas de enjuiciamiento, Nueva York-Ginebra, doc. HR/PB/06/4, 2006. Disponible en: [www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawProsecutionssp.pdf).

Según la Sala, *i) los crímenes cometidos por los grupos armados ilegales, deben comprenderse dentro de un contexto general del conflicto armado.* Esto ha sido ratificado en las distintas decisiones judiciales<sup>760</sup>.

Aclarando este aspecto, entonces, según el ente acusador, el contexto del bloque Bananero, se circunscribe a “La zona del Urabá está conformada por: Urabá Antioqueño, Urabá Chocoano y Urabá Cordobés, el cual lo componen el Norte de Urabá, Arboletes, Necoclí, San Juan de Urabá, San Pedro de Urabá (limitando con Córdoba) el Sur de Urabá, lo compone el Municipio de Mutatá limitando con la zona del Chocó y el Eje bananero compuesto por Chigorodo, Carepa, Apartadó y Turbo que es prácticamente el centro de esta zona Geográfica”.

Esta región cuenta con tres renglones de la economía que son el comercial, el ganadero y el agropecuario en cabeza de familias con alto poder económico. Este último reglón dirigido especialmente al cultivo y comercialización del banano o plátano, con la llegada de familias con alto poder económico durante las décadas de los sesenta y setenta, quienes adquirieron grandes extensiones de tierra.

Con la migración de personas de otras ciudades, lo cual significó la invasión de tierras y la presencia de grupos subversivos –FARC, EPL, ELN, la Corriente de Renovación Socialista o corrientes CRS–, se inicia una desestabilización de estos renglones económicos y se inician las amenazas, las extorsiones, los homicidios, entre otros.

La invasión de tierras se presenta como consecuencia del desplazamiento, los sindicatos cuyos líderes estaban respaldados por los grupos subversivos y la presencia de estos en la zona, hace que se desestabilice la situación económica en la región, lo que produce la primera incursión de los grupos de DEFENSA PRIVADA en la zona en 1988, en cabeza del señor FIDEL CASTAÑO GIL, bajo el mando del señor HENRY PÉREZ y el grupo LOS

---

<sup>760</sup>La existencia de un conflicto armado y el contexto general de violencia en el país operado por grupos armados al margen de la Ley no se abordará con profundidad en la presente Sentencia toda vez que ha sido ampliamente expuesto en decisiones previas de la Sala de conocimiento de JyP. Véase entre otras: Sala de JyP, Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia contra Edgar Ignacio Fierro Flores, rad. 200681366, 07 de diciembre de dos mil once 2011, M.P. Léster María González Romero; Sala de JyP, Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia en contra de Fredy Rendón Herrera, rad. 2007 82701, M.P. Uldi Teresa Jiménez López, Bogotá, 16 de diciembre de 2011; Sala de JyP, Tribunal Superior de Bogotá, sentencia contra postulado José Barney Veloza García, rad. 2006 80585 M.P. Uldi Teresa Jiménez López, 31 de enero 2012; Sala de JyP, Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia en contra de Orlando Villa Zapata, rad. 2008 83280, M.P. Dr. Eduardo Castellanos Roso, Bogotá, 16 de abril de 2012.

TANGUEROS, que apoyan y auspician las primeras masacres de la FINCA HONDURAS, LA NEGRA y el sector de PUNTA COQUITOS.

Se tienen

*“como actores y protagonistas del Conflicto de Urabá, a: TERRATENIENTES, EMPRESARIOS BANANEROS Y GANADEROS, INVASORES DE TIERRAS, GRUPOS DE GUERRILLA, GRUPOS DE DEFENSA PRIVADA, Y SINDICATOS. Ya para los años 1990, se han desmovilizados algunos grupos Subversivos en el País como el M - 19, Quintín Lame y la Corriente de Renovación Socialista, y en procesos de negociación con el Gobierno Nacional al EPL, Ejército Popular de Liberación”.*

Para 1991 se desmovilizan los grupos EPL y M-19 y el grupo de FIDEL CASTAÑO también se desmoviliza según lo acordado con el gobierno, sin que mediara documento alguno de esta última desmovilización.

La desmovilización del Ejército Popular de Liberación - EPL se dio el 24 de mayo de 1990 y el 10 de enero de 1991 se desmovilizaron 600 hombres en Urabá, la dejación de las armas se produjo el 1 de marzo del mismo año y surge el movimiento político Esperanza, Paz y Libertad – EPL, cuyos militantes se convirtieron en objetivos militares de las FARC, porque compartían con la fuerza pública y eran considerados traidores.

Este nuevo grupo de Esperanza Paz y Libertad se convierte en comandos populares que finalmente pasan configurar las filas de las autodefensas, bajo las órdenes de los hermanos Castaño.

Para 1994 se da inicio a la era de las AUTODEFENSAS CAMPESINAS DE CÓRDOBA Y URABÁ (ACCU), reclutándose y preparándose entre 1994 y 1997 más de 7 mil hombres en escuelas de entrenamiento entre los que se encontraba HELBERTH VELOZA GARCIA, quien bajo las ordenes de los hermanos CASTAÑO inician la incursión al Urabá a principios de 1995 por la vereda El limón del municipio de Turbo iniciándose la expansión de las AUTODEFENSAS en el departamento de Antioquia.

Desde 1995 se dan hechos de connotación como: 1. La Masacre ocurrida en la Vereda PUEBLO GALLETA de Turbo, donde mueren siete (7) personas ocurrida el 14 de septiembre de 1995 2. La quema de dos proveedoras de alimentos del corregimiento de Turbo 3. Las masacres de EL ARACATAZO ocurrida el 12 de agosto de 1995 en el Municipio de Chigorodó Antioquia y EL GOLAZO (establecimiento comercial “Billar) ocurrida el 03 de abril de 1.996 en el Municipio de Apartadó Antioquia, entre muchas otras. Igualmente, la comisión de in sinnúmero de homicidios y desapariciones.

Para 1996 el Frente se divide y se le asignan 40 hombres a RAUL EMILIO HASBUN MENDOZA quien se desplaza hacia los límites de Chigorodó y Turbo y HELBERT VELOZA GARCIA quien para el año 2000 sale a la zona del Valle de Cauca y asume como Segundo comandante del Frente con autonomía para tomar decisiones, después de MIGUEL ANGEL SERRANO OSSA, alias MEGATEO. Estos dos grupos forman el FRENTE CENTRAL DE URABA. Para el 2004 toda la estructura estaba al mando de HELBERT VELOZA.

La mayoría de incursiones de las ACCU, fueron coordinadas con miembros de la Fuerza Pública, concretamente el Ejército BXVII y los batallones a esta adscritos; si bien no era política de Estado el apoyo a las AUTODEFENSAS en el Urabá, si lo fue de esta Brigada, Algunas de estas acciones fueron apoyadas por la FUERZA PÚBLICA, en el caso del bloque bananero, hasta cuando se desmovilizo, 25 de noviembre de 2004. Estas acciones operaban así:

*“Despejar Cierta Área Para Que Las Autodefensas Entraran A Hacer Acciones Específicas. Retardar El Ingreso La Fuerza Pública A Ciertas Zonas Donde Se Iban Hacer Las Operaciones, Despejar Vías Para Movimiento De Tropa. Y la más evidente el acompañamiento en las confrontaciones frente a estos grupos SUBVERSIVOS”.*

También se realizaron acciones conjuntas con miembros de la Policía de Urabá, no eran las mismas operaciones de confrontación, sino acciones que terminaron con víctimas selectivas. Esto sucedía en los municipios del eje bananero.

Para el sostenimiento de estos grupos fue esencial el apoyo de comerciantes, ganaderos y empresarios de la zona, concretamente por los empresarios bananeros, llegando a concretar reuniones con la multinacional bananera CHIQUITA BRANDS.

*“acordando el pago de entre 20 y 30 millones de pesos mensuales, situación que conllevó a que esta empresa fuera considerada una auxiliadora de un grupo terrorista como lo califico el gobierno americano y se le condenara al pago de 25 millones de dólares”<sup>761</sup>.*

---

<sup>761</sup>La existencia de un conflicto armado y el contexto general de violencia en el país operado por grupos armados al margen de la Ley no se abordará con profundidad en la presente Sentencia toda vez que ha sido ampliamente expuesto en decisiones previas de la Sala de conocimiento de JyP. Véase entre otras: Sala de JyP, Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia contra Edgar Ignacio Fierro Flores, rad. 200681366, 07 de diciembre de dos mil once 2011, M.P. Léster María González Romero; Sala de JyP, Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia en contra de Fredy Rendón Herrera, rad. 2007 82701, M.P. Uldi Teresa Jiménez López, Bogotá, 16 de diciembre de 2011; Sala de JyP, Tribunal Superior de Bogotá, sentencia contra postulado José Barney Veloza García, rad. 2006 80585 M.P. Uldi Teresa Jiménez López, 31 de enero 2012; Sala de JyP, Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia en contra de Orlando Villa Zapata, rad. 2008 83280, M.P. Dr. Eduardo Castellanos Roso, Bogotá, 16 de abril de 2012, p. 17.

El Bloque Bananero de las AUC se desmovilizó el 25 de noviembre de 2004 y fue durante su vigencia que se crearon las CONVIVIR<sup>762</sup>: Abibe de San Pedro de Urabá, Costa Azul de Necoclí, Covitur de Turbo, Una Nueva Luz de Nueva Colonia, La Tagua de Apartadó, Coopchurridó de Churidó, Apartadó, La Guayaba corregimiento de Zungo, Carepa Chigorodó Alegre Chigorodó, Palma Real carretera Panamericana, Coembera de Mutatá, Campesinos de Punta de Piedra y Papagayo de Carepa.

**El contexto del Bloque Calima:** Según se menciona en el informe, para el año 1999 antes del ingreso de las AUC al Valle del Cauca, en la zona operaba la guerrilla de las FARC, el grupo Jaime Bateman Cayón, disidente del M-19 y el Ejército de Liberación Nacional ELN.

El 30 de mayo de 1999, la guerrilla se toma la iglesia la María del barrio Ciudad Jardín de la ciudad de Cali y hace una toma masiva de rehenes. Dos meses después se realiza la primera incursión de las AUC en el Valle del Cauca:

*“el día 31 de Julio de 1999 se conoce la primera incursión de las Autodefensas Unidas de Colombia en la zona centro del Valle, en la finca Palermo de la vereda La Moralia, Jurisdicción del municipio de Tulúa, cuando se celebraba las fiestas de la virgen del Carmen, donde fueron asesinados ORLANDO URREA y su hija SANDRA PATRICIA URREA,<sup>11</sup> en el lugar de los hechos fueron encontraron panfletos y grafitis en las paredes de las viviendas alusivos a ese movimiento armado*

---

<sup>762</sup> Ibídem, pagina 18. Creación de las CONVIVIR: Un día a los habitantes de la vereda de Punta de Piedra se les hizo una invitación por parte de miembros de la brigada 17 para que conformaran una CONVIVIR, bajo el argumento de que el Ejército tendría en algún momento que salir de la comunidad, ya que no podrían permanecer eternamente ahí cuidándolos, que para ese instante deberían estar lo suficientemente organizados bajo esta figura DE COOPERATIVA DE VIGILANCIA CONVIVIR y así poder garantizar su propia seguridad, a través del EJERCICIO, y así vigilarse entre sí mismo, entonces la comunidad dada la relación que tenía con el EJERCITO aceptó gustosa la invitación, los que quisieron ser miembros orgánicos de esta Convivir, inmediatamente buscaron por vincularse desde el mismo inicio, para ser capacitados.

Fue que frente a esa tarea de vigilancia, las CONVIVIR obedecían a una ordenanza del gobierno, reglamentadas a través de un decreto de seguridad privada (Decreto 356 del 11 de febrero de 1994), adiestradas por las fuerzas del estado, EJERCITO O POLICÍA, para conocer sobre el manejo de armas que no fueran de uso restringido por la fuerza pública, comenzaron pues entonces las capacitaciones, que eran dirigidas por La Brigada 17.

Obtención de Licencias para el funcionamiento de las CONVIVIR: “Para obtener la licencia de funcionamiento estas personas tenían que desplazarse a la ciudad de Medellín, con una parte de la documentación que se requería ya elaborada en Urabá por parte de funcionarios de la Brigada 17, que uno de los requisitos fundamentales para poder obtener la licencia por parte de la superintendencia nacional de vigilancia y seguridad privada era la de presentar un documento que autorizara la creación de esta por parte de la Alcaldía Municipal, por parte de la Comandancia de Policía del Área,

Para la época se pensaba que solo estaba la CONVIVIR Campesino de Punta de Piedra, pero ya Estaban creadas otras CONVIVIR, información que se conoció en una convocatoria a una reunión en el Municipio de Necoclí Antioquia.

*al margen de la ley, los cuales hacen constancia de la presencia de este grupo de paramilitares. Luego de este hecho y durante los dos meses siguientes, El bloque Calima comienza una serie de masacres en las Veredas de Chorreras, El Placer, Piedritas, San Lorenzo, la Marina, Naranjal, Moralia de los municipios de Tulúa, Bugalagrande, San Pedro y Sevilla en el departamento del Valle del Cauca; donde asesinaron a 37 personas, muchas de ellas con armas corto contundentes, siendo desmembradas y torturadas, a quienes se las señalaba como colaboradores, guerrilleros y milicianos; sembrando el terror entre la población, dejando a su paso cientos de desplazados, que en el primer mes de accionar del bloque Calima arrojaba un censo de 162 familias desplazadas, para un total de 730 personas”<sup>763</sup>.*

El Bloque Calima pertenencia a las AUC de Córdoba y Urabá, dirigidas por Carlos y Fidel Castaño y su máximo comandante Hebert Veloza Garcia y nace en 1999 como consecuencia de solicitud de personas de la región después de la incursión guerrillera de la Iglesia la María.

*“Oficialmente el día 22 de Julio de 1999, las AUC enviaron a los medios de comunicación un anuncio en el cual manifestaban que a partir de esa fecha ingresaban al Valle del Cauca, para combatir a la guerrilla, indicando que conformaban **las Autodefensas en el Valle** y criticaban fuertemente las conversaciones de Paz del Gobierno para ese entonces del presidente Andrés Pastrana con las FARC, afirmando igualmente que su presencia es consecuencia del clamor de algunos habitantes de la región, y que extenderían sus operaciones en todo el sur occidente del país; se reparte el primer panfleto alusivos a la naciente organización, donde anunciaban el ingreso al Valle del Cauca y la guerra frontal que le declaraban a la guerrilla, quienes serían objetivo militar; simultáneamente los periódicos locales y los noticieros de televisión empiezan a informar sobre la llegada y las primeras incursiones. El Noticiero del Pacífico de Cali, tomo fotografías, filmo y realizo una entrevista al comandante “ROMAN” de las AUC, quien confirma la llegada de las AUC al Valle del Cauca, manifiesta que extenderían sus acciones a otros departamentos como el Cauca y que su objetivo era combatir a la guerrilla”<sup>764</sup>.*

Según alias HH, en principio el apoyo a la creación de estructuras paramilitares en la región fue impulsado por sectores empresariales quienes les solicitaron a los hermanos Castaño que enviaran un grupo de autodefensas a la zona; sin embargo, “Después de que habíamos tomado cierto control, los empresarios se desaparecen y al perder ese apoyo económico, Vicente acude a los narcos” (“Empresarios trajeron las AUC al Valle”: Éver Veloza, 2008)<sup>765</sup>

---

<sup>763</sup>12 Radicados 47909 Fiscalía Quinta Especializada de Buga – Valle y Radicado 558 UNDH- DIH, Bogotá.

<sup>764</sup>INFORME POLICÍA JUDICIAL 3929 de fecha septiembre 26 del año 2000; transliteración de la entrevista al comandante Román y fotografías AUC realizada por el Noticiero Pacífico de Cali - Valle.

<sup>765</sup>Monografía Político Electoral. DEPARTAMENTO DE VALLE DEL CAUCA 1997 a 2007 Contexto de Violencia y conflicto armado, pp. 10 y 11.

El bloque calima tenía una estructura tripartita: militar, política y financiera.

*La militar* era en el sector rural y urbano cuyo objetivo era realizar labores de inteligencia a la guerrilla, cometer los homicidios selectivos a presuntos guerrilleros o colaboradores, milicianos y la mal llamada limpieza social<sup>766</sup>.

*La política*, era la encargada de hacer los contactos con políticos como alcaldes, senadores, gobernadores e igualmente con funcionarios de la Fuerza Pública y de otros organismos del estado<sup>767</sup>.

*La estructura financiera*, estuvo financiado con aportes de industriales, comerciantes, ganaderos, narcotraficantes, hurto de ganado, hidrocarburos, secuestros y extorsiones<sup>768</sup>. En torno a este tema de la financiación el postulado HEBERT VELOZA GARCIA da a conocer como se realizaron todos esos contactos aportes al bloque calima por parte de empresarios y narcotraficantes en el Valle del cauca.

En relación con las masacres realizadas por el bloque calima se tiene que

*“entre el mes de julio del año 1999, hasta el día 18 de diciembre del año 2004; tiempo que el Bloque Calima acciono en los Departamentos del Cauca, Valle; parte de los departamentos del Quindío, Huila y Antioquia; dejo más de cinco mil desplazados, muchos de los cuales no retornaron a los lugares, dejando abandonadas sus tierras, hechos estos motivados en más 70 masacres; muchas de las cuales no solo se ultimaron a las víctimas con arma de fuego, sino que las asesinaban con armas contundentes, procediendo a desmembrar los cadáveres y desaparecerlos para ello tiraban los cuerpos al río y en otros casos los enterraban en las fosas para así sembrar el terror en la población civil”*<sup>769</sup>.

### **El contexto en Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá – ACPB- <sup>770</sup>:**

Según Alfredo Molano,

---

<sup>766</sup>INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO FPJ-11 No caso 110016000235200681099 del 07 de julio de 2013, presentado por la Fiscalía 17 de Justicia y Paz, p. 23.

<sup>767</sup>Versión libre ante La Fiscalía 18 UNFJ y P de Cali, postulado ARMANO LUGO Y Versión libre ante La Fiscalía 18 UNF J y P de Cali, postulado HEBERT VELOZA GARCIA.

<sup>768</sup>Versión libre del postulado HEBERT VELOZA GARCIA, realizada 22 enero año 2009; hora 9:34:33 – 9:46:00.

<sup>769</sup> INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO FPJ-11 No caso 110016000235200681099 del 07 de julio de 2013, presentado por la Fiscalía 17 de Justicia y Paz, p. 29.

<sup>770</sup> SALA DE JUSTICIA Y PAZ, Sentencia contra Arnubio Triana Mahecha y otros. ACPB. Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358.

*“El Magdalena Medio es un territorio que ha sido atravesado por todos los conflictos armados que en Colombia han tenido lugar desde la Conquista hasta nuestros días, y en particular durante el periodo de las guerras civiles regulares. La guerra civil irregular entre el 48 y el 62 azotó la región de manera particularmente intensa, y dejó heridas que no se han podido cerrar. Por el contrario, parecería que la violencia posterior sea una dolorosa prolongación. La apelación a las armas es un hecho recurrente que evidencia la obturación de los canales políticos para encontrar soluciones civiles. A las armas recurren no solo los sectores dominantes para sostener y fortalecer su poder”<sup>771</sup>.*

*“El profesor Alejo Vargas identificó tres momentos de la violencia política en San Vicente de Chucurí, así: (i) el intento de levantamiento popular llevado a cabo por los Bolcheviques en 1929; (ii) la creación de las guerrillas liberales de Rafael Rangel Gómez luego del asesinato de Jorge Eliecer Gaitán; y, (iii) el surgimiento del Ejército de Liberación Nacional (ELN) en los años sesenta. Para la Sala, a los anteriores momentos de la violencia política, se pueden sumar dos: (i) la llegada de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) a la región; y, (ii) el accionar de los grupos paramilitares durante los años ochenta y noventa en la región”<sup>772</sup>.*

Se indica en la sentencia que en opinión de algunos investigadores, las autodefensas y los paramilitares irrumpieron en el Magdalena Medio, como respuesta a los desmanes y atropellos de las FARC, es decir, como una necesidad sentida y vital. Tal vez sea necesario entender, respecto del origen y transformación del paramilitarismo en el Magdalena Medio, que “si no todos los paramilitares en su origen fueron grupos de autodefensa, sí todos los grupos de autodefensa que persisten después de 1989 terminan siendo paramilitares.”<sup>773</sup> Los postulados de las ACPB en varias de sus versiones libres se fundamentan en aquel argumento para explicar el origen de su organización criminal.

## **2.- El contexto en relación con grupos insurgentes.**

El caso que se ilustrara en el tema del contexto, patrones y crímenes imputados será *sui generis*, no solo a los procesos ordinarios, sino en el mismo ámbito de la LJP en la cual se presenta por primera vez la política de priorización del Estado que cambiara el curso de las audiencias en la medida en que no se presentará caso por caso, sino el conjunto de ellos en el

---

<sup>771</sup>MOLANO, A. *En medio del Magdalena medio*, Ed. CINEP, Bogotá, 2009, p. 27.

<sup>772</sup>VARGAS, A. “Tres Momentos de la Violencia Política en San Vicente de Chucurí”. En: Revista Análisis Político N° 8. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1989, pp. 33-55, tomado de la sentencia de la sala de JyP contra las ACPB

<sup>773</sup>VARGAS VELÁSQUEZ. *Magdalena Medio santandereano: Colonización y conflicto armado*, Ed. CINEP, Bogotá, 1992.



marco de los patrones de macrocriminalidad que expone la Fiscalía, tal como lo manifestó el Magistrado de Control de Garantías<sup>774</sup>.

Se hace referencia a esta audiencia porque solamente hay una audiencia de imputación contra 135 guerrilleros desmovilizados de las FARC; es decir, que en la actualidad no hay una sentencia condenatoria a partir del “nuevo concepto” de macrocriminalidad en lo que tiene que ver con la guerrilla; pero como se indicó en la sesión de audiencia, no se va a ser referencia a hechos concretos; sino a patrones de macrocriminalidad en donde se incorporaran los hechos concretos.

Sobre estas aclaraciones el contexto que allí quedó plasmado fue el siguiente:

Si el contexto es distinto tanto en las AUC como en la subversión, en lo referente al origen de cada grupo y a los objetivos que se persiguen, no pueden definirse los patrones de macrocriminalidad de la misma manera:

Prima facie, para los grupos de Autodefensas, los patrones de macrocriminalidad estarían encuadrados en los crímenes de lesa humanidad contra el DIDH, teniendo en cuenta que si bien no están cobijados por el DIH por ser grupos organizados que apoyaron a una de las partes, en este caso al Estado Colombiano, sus actuaciones no constituyen crímenes contra el DIH, sino graves violaciones al DIDH y en consecuencia deben ser juzgados por crímenes de lesa humanidad.

Mientras que para la subversión estarían encuadrados en los crímenes contra el DIH, en la medida en que sus integrantes son actores del conflicto armado, y en ese escenario, solamente podrían ser juzgados como delincuentes políticos, en la medida en que hayan desbordado los métodos de la guerra que están prohibidos por el DIH y hayan realizado ataques contra las personas protegidas por el DIH.

Para no dejar inconcluso el tema y a pesar de que las fuerzas militares tienen su propia Jurisdicción y no se encuentran bajo la jurisdicción de la JTr, en caso de que se encuentren en

---

<sup>774</sup>Audiencia de Imputación colectiva con 135 postulados desmovilizados del grupo subversivo de las FARC. L11001225200020140011000\_110010101000\_001\_001.ASF. día 07-10-2014, Minuto 2.30... Estas audiencias las hemos dividido en la génesis en donde se trata la estructura del GOAML, génesis, estructura, georeferenciación, requisitos de elegibilidad, la normatividad imperante acerca de hechos y delitos,... Una según los patrones de macrocriminalidad El tiempo que se dedique a los patrones dependerá lo relacionado con los hechos. No va a ser hecho por hecho. Este estrado no conoce ningún hecho. No va a ser el tratamiento uno por uno... eso permitirá evacuar conocer de esos 1500 o 1600 hechos de lo que se reporta.

combate y excedan los métodos de la guerra que permite el DIH y ataquen a personas protegidas por el DIH, responderán por crímenes de guerra. Por el contrario, si no están en combate, pero vulneran los DH, como en el caso de los llamados *falsos positivos*, deberán responder por crímenes de lesa humanidad.

Para los Grupos de AUC y de la Subversión que se han desmovilizado y postulado a la LJP, la construcción de patrones de macrocriminalidad, no pueden ser iguales, porque tenían objetivos distintos e intereses contrapuestos.

Recordemos que en el numeral 2.2. de esta investigación encontramos que los delitos base para unos y otros son distintos: mientras que para los grupos de AUC es el concierto para delinquir, para los desmovilizados de la subversión, el delito base es la Rebelón y desde este contexto, necesariamente, encontramos hechos que no pueden ser considerados ni siquiera como delito, sino como actos propios de la guerra, como por ejemplo, los hostigamientos, los combates y los enfrentamientos que a la luz de la Convención de Ginebra y sus Protocolos no constituyen actos criminales.

### **3.6. Los criterios para la construcción de patrones de macrocriminalidad.**

La CoIDH, en varias sentencias ha considerado que en las investigaciones se deben elaborar los patrones de criminalidad que identifican los hechos en los cuales se han violado los DH.

En la sentencia contra Colombia en el caso por el homicidio del senador Manuel Cepeda manifestó la CoIDH que:

Tal como fue indicado (supra párr. 116 a 122),

*“la debida diligencia en las investigaciones implicaba tomar en cuenta los patrones de actuación de la compleja estructura de personas que cometió la ejecución extrajudicial, ya que esta estructura permanece con posterioridad a la comisión del crimen y, precisamente para procurar su impunidad, opera utilizando amenazas para causar temor en quienes investigan y en quienes podrían ser testigos o tener un interés en la búsqueda de la verdad, como es el caso de los familiares de las víctimas”<sup>775</sup>.*

En el caso de la llamada *Masacre de La Rochela*, la Corte IDH manifestó en torno al proceso de investigación que:

*“El eje central del análisis de la efectividad de los procesos en este caso es el cumplimiento de la obligación de investigar con debida diligencia. Según esta obligación, el órgano que investiga una*

---

<sup>775</sup>CoIDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010.

*violación de derechos humanos debe utilizar todos los medios disponibles para llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas actuaciones y averiguaciones que sean necesarias con el fin de intentar obtener el resultado que se persigue. Esta obligación de debida diligencia, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”<sup>776</sup>.*

Para incursionar en la construcción de patrones debemos delimitar conceptualmente que es un patrón delictual.

Según la Asociación Nacional de Analistas de la Delincuencia –IACA–<sup>777</sup>, un patrón delictual es un grupo de dos o más delitos reportados o descubierto por la policía que es único, porque cumple cada una de las siguientes condiciones:

Comparten al menos una coincidencia en el tipo de delito comportamiento de los delinquentes o las víctimas; características del agresor, víctimas o blancos; bienes o especies afectadas (propiedad) o el lugar de ocurrencia. No existe relación conocida entre víctimas e infractores (es decir, desconocido sobre delito desconocido). Los elementos comunes hacen del conjunto de delitos una configuración identificable y distinta de otras actividades delictuales que se producen en el mismo período. La actividad delictiva es generalmente de duración limitada, que puede ir desde semanas a meses. Y El conjunto de delitos relacionados es tratado como una unidad de análisis y abordado a través de tácticas y de la acción policial focalizada.

---

<sup>776</sup>COIDH. *Caso La Cantuta*, supra nota 8, párr. 157; *Caso Goiburú y otros*, supra nota 11, párr. 84; y *Caso Almonacid Arellano y otros*, supra nota 16, párrs. 99 y 111.

<sup>777</sup>Definiciones de patrón de crimen para análisis táctico Comité de Estándares, Métodos y Tecnología (SMT). Libro Blanco 2011-01. Presidente de Subcomité de Normas IACA: Chris Delaney, Director de Inteligencia de Negocios, Departamento de Policía de Rochester IACA Normas, Métodos y Presidente del Comité de Tecnología: Jason Elder, Analista Criminal, Departamento de Policía de Cincinnati. Expertos de la materia: Christopher Bruce, Presidente, IACA Dr. Rachel Boba Santos, profesor asociado, Florida Atlantic University Elizabeth Rodriguez, Gerente de Programa de Análisis del Crimen, Departamento del Sheriff del Condado de los Ángeles. Editado por Samantha Gwinn, Consultor, LexisNexis Risk Solutions. Agosto de 2011.

Un patrón delictual, no es una tendencia<sup>778</sup>; dado que el análisis de tendencias no examina similitudes entre incidentes y delitos específicos<sup>779</sup>; no es problema crónico<sup>780</sup>, ya que un patrón delictual sería catalogado como un tipo especial de problema<sup>781</sup>; y tampoco se define solo por las estadísticas sino que, se llega a identificar o reconocer a través de un proceso analítico deductivo, sistemático que incluye elementos analíticos tales como un perfil geográfico, un perfil temporal, una lista de posibles sospechosos, coincidencias físicas o descripciones de modus operandi u otra información valiosa para una investigación<sup>782</sup>.

Hay siete tipos comunes de patrones delictuales que reflejan el requisito fundamental de elementos compartidos comunes y necesarios para definir un conjunto de delitos como patrón<sup>783</sup>:

- 1.- Un grupo de crímenes similares que se piensa que son cometidos por el mismo individuo o grupo de individuos que actúan organizadamente.
- 2.- Un tipo específico de serie caracterizada por la alta frecuencia de actividad criminal en un período breve, hasta el punto que la actividad delictual parece casi continua.
- 3.- Un grupo de delitos cometidos por una o más personas, que involucran víctimas que comparten características físicas similares o conductas similares.
- 4.- Un grupo de delitos cometidos por uno o más individuos en el que un tipo único de propiedad es objeto de robo.
- 5.- Un grupo de delitos similares cometidos por uno o más individuos en lugares muy cerca unos de otros.
- 6.- Un grupo de delitos similares cometidos por uno o más individuos en el mismo lugar.

---

<sup>778</sup>Definiciones de patrón de crimen para análisis táctico Comité de Estándares, Métodos y Tecnología (SMT). Libro Blanco 2011-01, p. 2. La persistencia, aumento o caída en a largo plazo de los datos con un enfoque temporal.

<sup>779</sup>Definiciones de patrón de crimen para análisis táctico Comité de Estándares, Métodos y Tecnología (SMT). Libro Blanco 2011-01, p.2. Como indicador de dirección, la información sobre una tendencia puede ser útil para alertar a la policía sobre el aumento o disminución en los niveles de actividad criminal. Sin embargo, dado que el análisis de tendencias no examina similitudes entre incidentes y delitos específicos, la tendencia no es un patrón delictual.

<sup>780</sup>“Es un conjunto recurrente de eventos relacionados y perjudiciales en una comunidad o territorio que las personas esperan que la policía resuelva” Clarke & Eck (2005: Step 14).

<sup>781</sup> CLARKE & ECK, 2005, Step 14.

<sup>782</sup>Definiciones de patrón de crimen para análisis táctico Comité de Estándares, Métodos y Tecnología (SMT). Libro Blanco 2011-01.

<sup>783</sup>Definiciones de patrón de crimen para análisis táctico Comité de Estándares, Métodos y Tecnología (SMT). Libro Blanco 2011-01, p. 5.

7.- Un grupo de delitos similares cometidos por uno o más individuos que se relacionan principalmente por el tipo de lugar donde ocurrieron los crímenes.

De acuerdo con esto no constituye un patrón delictual una tendencia, un problema crónico o una estadística, ya que un patrón es frecuente en una duración corta; se limita a un conjunto específico de delitos denunciados; y requiere rutinas tácticas y operativas realizadas por la policía judicial de la Jurisdicción correspondiente.

Los límites del análisis delictual surge tanto de la naturaleza de la información disponible, de la calidad de los registros y del enfoque empleado y en este sentido el análisis delictual debe ser entendido como parte de una estrategia de *reducción del delito* y como *proceso de búsqueda de información y soluciones en terreno*<sup>784</sup>.

La identificación de patrones delictuales busca la reducción del delito mediante la identificación y penalización de los responsables para enfatizar la gestión de información, el análisis delictual y la gestión de conocimiento como factores claves para una actuación más eficaz, eficiente y oportuna.

*“Solo cuando se llega a conocer bien cómo actúan los delincuentes, y que circunstancias propicias son frecuentes, entonces es posible resolver interrogantes de qué y porqué sucede y luego, cuando se reconocen causas y factores, entonces es posible intentar modificar estas, advirtiendo posibles cursos de acción y luego evaluarlas*<sup>785</sup>.

El análisis criminal se enfoca en la actividad criminal, esto es, los delitos, infractores, víctimas y lugares, para producir información que permite investigar y aclarar delitos, aprehender delincuentes, distribuir recursos.

De acuerdo con la Directiva 001 de 2012,

*“los patrones criminales, son el conjunto de actividades, medios logísticos, de comunicación y modus operandi delictivo desarrollados en un área y periodo de tiempo determinados, de los cuales se pueden extraer conclusiones respecto a los diversos niveles de mando y control de la organización criminal. Su determinación ayuda a establecer el grado de responsabilidad penal de sus integrantes y hace parte fundamental de la construcción del contexto”*.

---

<sup>784</sup>El rol del análisis delictual en las estrategias de reducción del delito: COP, POP e ILP. Patricio Tudela. Director del Área de Análisis y Estudios FPC, p. 15. Fundación Paz Ciudadana, p. 15. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2010/12/el-rol-del-analisis-delictual.pdf>.

<sup>785</sup>El rol del análisis delictual en las estrategias de reducción del delito: COP, POP e ILP. Patricio Tudela. Director del Área de Análisis y Estudios FPC, p. 15. Fundación Paz Ciudadana, p.15. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2010/12/el-rol-del-analisis-delictual.pdf>.

El artículo 4 del Decreto 3011 estipuló que

*“La investigación y el juzgamiento en el proceso penal especial de justicia y paz. En procesos penales especiales de justicia y paz, la investigación y el juzgamiento de los casos deberán tener en cuenta el contexto, la gravedad y representatividad de los hechos, el grado de afectación a los distintos bienes jurídicos, el grado de responsabilidad del presunto responsable y **la configuración de un patrón de macro-criminalidad**”.*

El artículo 16 define el patrón de macro-criminalidad como

*“el conjunto de actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal que se desarrollan de manera repetida en un determinado territorio y durante un período de tiempo determinado, de los cuales se pueden deducir los elementos esenciales de las políticas y planes implementados por el grupo armado organizado al margen de la ley responsable de los mismos. La identificación del patrón de macro-criminalidad permite concentrar los esfuerzos de investigación en los máximos responsables del desarrollo o, realización de un plan criminal y contribuye a develar la estructura y modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley, así como las relaciones que hicieron posible su operación”.*

El artículo 17 estipuló que la constatación de la existencia de un patrón de macrocriminalidad deberá contar, con los siguientes elementos:

1. La identificación de los tipos de delitos más característicos, incluyendo su naturaleza y número.
2. La identificación y análisis de los fines del grupo armado organizado al margen de la ley.
3. La identificación y análisis del modus operandi del grupo armado organizado al margen de la ley.
4. La identificación de la finalidad ideológica, económica o política de la victimización y en caso de que la hubiere, su relación con características de edad, género, raciales, étnicas o de situación de discapacidad de las víctimas, entre otras.
5. La identificación de los mecanismos de financiación de la estructura del grupo armado organizado al margen de la ley.
6. La identificación de una muestra cualitativa de casos que ilustre el tipo de delitos más característicos que llevaba a cabo el grupo armado organizado al margen de la ley.
7. La documentación de la dimensión cuantitativa de la naturaleza y número de las actividades ilegales cometidas bajo el patrón de macrocriminalidad. Se utilizarán medios estadísticos en la medida de lo posible.
8. La identificación de procesos de encubrimiento del delito y desaparición de la evidencia.
9. La identificación de excesos o extralimitaciones en la comunicación, implementación y ejecución de las órdenes, si los había.

El artículo 24 refiriéndose a la audiencia de formulación de cargos estipuló que iniciada la audiencia, el fiscal delegado presentará los cargos contra el postulado o los postulados, como autor(es) o partícipe(s) de una muestra de conductas delictivas cometidas en el marco de un patrón de macro-criminalidad y dispuso que el fundamento para la formulación de cargos es

la versión libre del postulado, la información que provean las víctimas, y los demás elementos materiales probatorios, evidencia física, e información legalmente obtenida, con lo cual el fiscal podrá determinar si el postulado es autor o partícipe de una o varias conductas delictivas, así como, de la configuración de un patrón de macro-criminalidad.

En el informe de rendición de cuentas presentado por la FGN<sup>786</sup> se plantea que mediante los planes de acción<sup>787</sup> se hace efectiva la priorización de las situaciones y de los casos, mediante el test de priorización<sup>788</sup>, a través del análisis criminal a partir de una asociación de casos para el hallazgo de patrones y la aplicación a esos casos de los criterios de priorización.

En el análisis criminal el estudio consiste en establecer los patrones y/o factores comunes entre los casos, para hacer asociaciones que permitan maximizar el empleo de la información disponible dentro de las investigaciones, para lo cual se debe

*“categorizar y agrupar los casos por variables, previendo como mínimo: qué clase de delitos se presentan, el número y la calidad de víctimas y de victimarios, la época de ocurrencia de los hechos, la georeferenciación de los mismos y el modus operandi utilizado”.*

En la segunda fase, se deben

*“comparar y relacionar los resultados de la asociación de las variables para así detectar tendencias y/o patrones que puedan evidenciar si un grupo de casos se relaciona con otros, y de esta forma crear la situación que será objeto de estudio posterior a través de los criterios de priorización. En este punto se deben indicar, bajo una fuerte carga argumentativa, los motivos por los cuales se concluye que existe una situación o un caso potencialmente priorizable”.*

A pesar que la Directiva estableció que “de manera alguna la priorización equivale a una extinción de la acción penal en relación con los casos no priorizados o una renuncia al deber de investigar y sancionar las conductas delictivas”, lo cierto es que desde la implementación de esta política, cuya razón de ser es dar celeridad a los procesos que no se da en los procesos de la justicia ordinaria; tampoco se ha dado celeridad a los casos priorizados.

---

<sup>786</sup>INNOVACION EN LA INVESTIGACION PENAL. Informe de Rendición de Cuentas 2012- 2013. Unidad de Análisis y Contextos. Octubre de 2013.

<sup>787</sup>Según el Informe de la Unidad de Contexto, los planes de acción son el instrumento que permite dar aplicación transparente, racional y controlada al nuevo sistema de investigación penal y de gestión de criterios de priorización.

<sup>788</sup>El Test de Priorización es un juicio que permite, en primer lugar, individualizar la situación que será objeto de estudio y, en segundo lugar, ponderar entre los criterios de priorización establecidos en la Directiva 001 de 2012, a efectos de recomendar al Señor Fiscal General sobre la priorización de un caso o situación.

En el plan de priorización fueron priorizados los comandantes desmovilizados de las Autodefensas Unidas de Colombia y cuatro miembros de la subversión, como ya se ha indicado, bajo el criterio de máximos responsables.

Igualmente, con la estrategia de priorización se determinó la investigación de los delitos de desaparición forzada, desplazamiento forzado, violencia sexual basada en género, reclutamiento ilícito y

*“casos de connotación, perpetrados por la estructura o estructuras armadas lideradas por el miembro representante o máximo responsable, tales como “masacres”, atentados contra la vida, la integridad personal, contra la población civil y graves atentados al DIH o por la representación social, política e institucional de las víctimas, tratándose de líderes sociales, políticos, periodistas, sindicalistas, defensores de DH y servidores públicos, y aquellos que se encuentran en trámite ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”<sup>789</sup>.*

Por su parte, la Sala de Justicia y Paz<sup>790</sup>, en la primera sentencia que se profería en el marco del “nuevo” modelo de macrocriminalidad, abordó el tema de la metodología para la construcción de patrones de macrocriminalidad desde el concepto mismo de patrón en el ámbito de la economía, la ciencia política y la sociología para ilustrar su estudio.

Los economistas han utilizado el concepto de “patrón”, como un conjunto de variables que están asociadas significativamente y piensan en patrones de comportamiento como enunciados que deben ser traducidos en mediciones numéricas o análisis estadísticos, pues éstos deben servir como herramientas para la toma de decisiones sobre políticas económicas, para lo cual es necesario:

1.- *Plantear un problema.* Debe señalar qué tipo de fenómeno o hecho social se quiere explicar y se debe delimitar el espacio geográfico y el periodo de tiempo de ocurrencia de dicho fenómeno.

2.- *Revisar literatura sobre el tema para construir el marco conceptual.* Se deberían identificar definiciones conceptuales y hacer una lista de los factores explicativos más recurrentes que dan cuenta del fenómeno a estudiar.

---

<sup>789</sup>FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Plan de Acción de Casos a Priorizar por la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz

<sup>790</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. Sentencia 01 de septiembre de 2014. Rad. 11001-22-52000-2014-00019-00 Rad. Interno 2319. Bloque Cundinamarca, p. 524 y ss.



3.- *Elaborar una hipótesis de trabajo y definición de las variables explicativas*, esto es, una propiedad que puede fluctuar y cuya variación es susceptible a medirse u observarse. Por ejemplo, la edad, el nivel educativo, el nivel de ingresos, el estrato socioeconómico, son ejemplos de variables.<sup>791</sup>.

4.- *Debe haber una definición de la unidad de análisis* que incluye los sujetos, objetos, sucesos, organizaciones o comunidades que serán objeto de estudio.

5.- *Delimitación de la “población” o el “universo” de estudio*, es decir, el “conjunto de todos los casos que concuerdan con determinadas especificaciones”<sup>792</sup>.

6.- *Selección de la muestra de estudio*, esto es, el subgrupo de la población del cual se recolectan datos y debe ser representativo de dicha población.

7.- *Recolección de datos una vez definida la muestra*, se deben conseguir datos mediante encuestas, entrevistas (estructuradas o semiestructuradas) o expedientes judiciales. La consecución de los datos está subordinada a las variables explicativas identificadas en el punto 3 de manera que se puedan probar las hipótesis de trabajo.

8.- *Sistematización y análisis de datos*: cuando ya se tienen los datos que dan cuenta de cada variable explicativa por grupo delincencial y se les asignó un valor numérico, se deben utilizar técnicas estadísticas de análisis de datos para probar la existencia de asociaciones significativas entre variables (es decir, para probar la existencia de patrones)<sup>793</sup>.

9.- *Elaboración del reporte de investigación*: cuando se aplican las técnicas estadísticas de análisis de datos, y se encuentra que las variables escogidas responden al fenómeno que fue objeto de estudio o que no son explicativas de dicho fenómeno; se escribe el reporte de investigación dando cuenta de las dificultades y los avances que se alcanzaron durante todo el proceso investigativo

---

<sup>791</sup>Véase: Hernández, Roberto; Fernández, Carlos; Baptista, Pilar (2006), op.cit. pp. 123. se debe construir una “lista de chequeo” en la cual se incluyen los elementos explicativos del fenómeno a estudiar que se encuentran de forma recurrente en la literatura, luego de revisarlos y analizarlos el investigador está en capacidad de proponer o construir su “hipótesis” de trabajo.

<sup>792</sup>Véase: Hernández, Roberto; Fernández, Carlos; Baptista, Pilar (2006), op.cit. pp. 123.

<sup>793</sup>Una de las técnicas más utilizadas es el “análisis de clúster o de conglomerados”. Con esta técnica, se agrupan los casos según el grado de similitud o diferencia que tienen las variables dentro de un grupo delincencial. Véase: Hernández, Roberto; Fernández, Carlos; Baptista, Pilar (2006), pagina 241.

Para la *ciencia política*, un patrón es una regularidad en el comportamiento humano que debe tener dos características: primero, debe ser de “fácil reconocimiento” o verificable empíricamente y segundo debe tener una “aparición frecuente bajo ciertas circunstancias desencadenantes”<sup>794</sup>.

ELSTER se refiere a que el patrón debe ser observable de manera recurrente dentro de un conjunto interrelacionado de condiciones que en principio son desconocidas, pero que el investigador debe determinar. Este elemento conceptual aboga por explicaciones multicausales y no monocausales. Esto es, no basta con identificar una sola condición o hecho generador de un fenómeno sino que se deben identificar las condiciones tanto necesarias como suficientes que hacen que un patrón de comportamiento se active<sup>795</sup>. Elster por ejemplo, recomienda el uso de métodos comparativos (estudio de casos comparados), historiográficos y estadísticos<sup>796</sup>.

Charles RAGIN, por su parte, construyó una metodología que tuvo en cuenta el tema de patrones y mecanismos causales, y que bautizó como “La Teoría de Conjuntos Difusos (Fuzzy Set Theory)”<sup>797</sup>. Para utilizar esta metodología se proponen los siguientes pasos:

- 1.- Definir un tema de interés investigativo: es decir, se debe señalar qué tipo de fenómeno se quiere explicar en una escala de abstracción mayor.
- 2.- Revisar la literatura sobre el tema (realización de un estado del arte): se debe construir una lista sobre las explicaciones más recurrentes que han dado los especialistas sobre el tema de interés.
- 3.- Contrastar la revisión del estado del arte con nuevas inquietudes de investigación.
- 4.- Formular una pregunta de investigación en términos comparativos.
- 5.- Construir un marco teórico.

---

<sup>794</sup>ELSTER, J. “Explaining social behavior: More nuts and bolts for the social sciences”, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 52. Este libro es la re-formulación de las ideas contenidas en un anterior trabajo del autor llamado “Nuts and bolts for the social sciences”. Este trabajo del año 1989, ha tenido 2036 citaciones en libros o artículos publicados en revistas indexadas, según el buscador Google Académico.

<sup>795</sup>RAGIN, C. “Redesigning Social Inquiry. Fuzzy Sets and Beyond”, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 2011, pp. 17 - 23

<sup>796</sup>ELSTER, J. “Explaining social behavior: More nuts and bolts for the social sciences”, pp. 477-500.

<sup>797</sup>RAGIN, C. “Redesigning Social Inquiry. Fuzzy Sets and Beyond”, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 2011.

6.- Calibrar los datos<sup>798</sup>: esto significa que se deben asignar unos valores ordinales a las variables o categorías de análisis referidas en el marco teórico.

7.- Construir una tabla comparativa que permita distinguir las similitudes y diferencias en los casos de estudio: una vez se han identificado las variables o categorías de análisis, se han “calibrado” y se han conseguido los datos, se deben observar cuáles de ellas se repiten o no se repiten.

8.- Analizar las configuraciones de variables.

9.- Reelaborar la teoría sobre el tema tratado.

En la *sociología*, se ha utilizado el concepto de “patrón” para indicar una situación en la cual los valores y los códigos de comunicación dentro de una sociedad, permiten mantener el orden y la cohesión de la misma<sup>799</sup>. En la teoría sociológica, se ha planteado que los patrones operan a nivel de estructuras sociales, políticas o económicas que persiguen una finalidad, y no a nivel de individuos aislados. Esto significa que se deben identificar los roles sociales (clase, etnia o raza), económicos (dinero y posesión de bienes) y políticos (creencias ideológicas) de los individuos que operan coordinadamente dentro de una estructura.

Los patrones desde el punto de vista sociológico, tienen en cuenta los valores y los códigos de lenguaje que permiten la coordinación de individuos que se conocen poco o que no tienen antecedentes de haber interactuado. Así, para identificar patrones en sociología, se deben considerar los siguientes aspectos:

1.- Identificar las reglas de ingreso a una institución u organización: es decir, qué requisitos son exigidos para que una persona pueda entrar a una organización.

2.- Especificar los “rituales de iniciación” de las personas que entran a una organización. Cómo garantizar que personas nuevas que entran a éstas no vayan a filtrar información al enemigo o autoridades.

3.- Identificar las estructuras y jerarquías dentro de una organización.

4.- Identificar los códigos del lenguaje o Jerga que se utiliza en la organización.

---

<sup>798</sup> Los valores ordinales son aquellos que permiten establecer relaciones de “igualdad/desigualdad” entre variables o categorías de análisis. Por ejemplo, el nivel educativo es un valor ordinal, en el sentido en que podemos decir que sí tiene posgrado se asigna un valor de 1, y si no tiene un posgrado se le asigna un valor de 0.

<sup>799</sup> PARSONS, T. *El sistema de las sociedades modernas*, Ed. Trillas, España, 1974, pp. 20-41.

La sala considera que si bien es ciertos estos se recomienda el uso de enfoques interdisciplinarios para la construcción de patrones, recomienda para el juzgamiento de los crímenes de sistema<sup>800</sup>, los siguientes elementos:

*“a. Un patrón debe ser de fácil reconocimiento, lo que significa, que debe contar con las fuentes de información y las herramientas de procesamiento de datos que permitan verificar empíricamente su existencia.*

*b. Un patrón debe identificar las diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se presenta. Esto implica abordar perspectivas multicausales en el análisis de los comportamientos criminales de las estructuras armadas que se acogen a los beneficios de la justicia transicional.*

*c. Un patrón debe operar a nivel de estructuras sociales, políticas y económicas, y no a nivel de individuos aislados. Esto presupone por ejemplo, que la identificación de patrones de comportamiento criminal, deben enfocar su atención tanto en los roles de cada grupo social que es victimizado dentro de un contexto de conflicto armado, así como las lógicas de violencia a nivel del grupo armado ilegal. Esto significa que la unidad de análisis de los patrones de criminalidad no debe ser la víctima en su manera singular sino la víctima dentro de un contexto de relaciones sociales, políticas y económicas. Igualmente, esto significa que se debe analizar la interacción de los diferentes comandantes y patrulleros bajo ciertos códigos de lenguaje y reglas organizacionales, y no analizar su accionar de manera aislada.*

*d. Para la identificación de patrones, se deben utilizar diferentes herramientas cualitativas (entrevistas, grupos focales con víctimas y victimarios, fuentes documentales) y cuantitativas (análisis estadístico de datos, correlaciones, regresiones, etc.) de análisis para probar y sustentar su existencia”<sup>801</sup>.*

Con base en estos antecedentes, la Sala de Justicia y Paz al hacer una revisión de cada uno de los hechos seleccionados y priorizados por la Fiscalía encontró que no todos hechos

---

<sup>800</sup>El concepto «crimen del sistema» fue utilizado por primera vez por el jurista neerlandés B.V.A. Röling, quien fue magistrado en el Tribunal Militar Internacional del Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) después de la segunda guerra mundial. Los primeros casos de crímenes de sistema están documentados en: Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10, Nuremberg, October 1946-April 1949 (Washington D.C., United States Government Printing Office, 1949).

<sup>801</sup>En este punto, la Sala está completamente de acuerdo con el artículo 17 del Decreto No. 3011 del 26 de diciembre de 2013, “por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012”; que sostiene en los numerales seis y siete, que se deben tener en cuenta como elementos para la identificación de patrón de macro criminalidad, “la dimensión cualitativa de los casos” y la dimensión cuantitativa de la naturaleza y el número de actividades ilegales cometidas” por un grupo armado ilegal.

Hay consenso internacional en considerar que los crímenes del sistema generalmente son de una escala tal que requieren de un nivel de organización para ser cometidos. Lo anterior no significa que los organismos de investigación judicial deban demostrar que todos los actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra hayan sido cometidos por una organización o con arreglo a una estrategia. En muchos casos, esa organización es el aparato del Estado.

seleccionados caben dentro del patrón criminal propuesto por la Fiscalía, pues no son congruentes con las prácticas, los móviles o fines propuestos por la FGN.

Considera que este proceso de JTr debe ser tratado con comisiones de verdad y centros de memoria histórica y considero que la Fiscalía 21 en el caso concreto adolece de adecuadas reglas técnicas para la construcción de los patrones y no los acepta porque:

1.- No se utilizó el concepto de patrón criminal definido por los estándares construidos por la Fiscalía, pues el patrón lo limito a un tipo penal, ya que reducir los elementos que podrían dar cuenta de un patrón criminal a un delito impide construir un concepto integral y no cumple con la finalidad de identificación de variables y elementos descritos en los documentos de la Fiscalía y del Decreto 3011 de 2013, *debido a ello el análisis es parcial y subjetivo, lo que implica una visión parcial e incompleta del accionar criminal de las ABC.*

2.- No existen criterios metodológicos claros para identificar elementos como el universo de víctimas, las unidades de análisis, las muestras, etc., ya que agrupa delitos o hechos criminales, pero no analiza los elementos que constituyen un patrón criminal.

3.- Ausencia de enfoque militar disciplinar, lo que impidió obtener referentes conceptuales y metodológicos.

4.- Las fuentes de investigación no se verificaron ni contrastaron. En apariencia, el móvil que presenta la Fiscalía es que las personas asesinadas, desaparecidas o desplazadas lo fueron por ser “colaboradores o informantes de la guerrilla”.

5.- Se presentaron errores en la conceptualización de variables. Integro en un solo aspecto el control social y económico, cuando se trata de conceptos diferentes. El control territorial busca ventaja militar; mientras que el control social busca control ideológico y comportamental de la población.

6.- La Fiscalía no cumple con todos los requisitos establecidos por el Decreto 3011 del 2013 para la identificación de patrones de macro-criminalidad, ya que en el 78% de los casos, la Sala no tuvo acceso a información completa que sirviese para establecer “la finalidad ideológica, económica o política de la victimización” en los hechos delictivos cometidos por los miembros de las ABC.

7.- La fiscalía no especifico el tipo de muestra ni los criterios técnicos que utilizo para escoger los hechos priorizados, lo que resta confiabilidad a los resultados expuestos.

8.- La Fiscalía hizo una caracterización simplificada de los patrones de violencia de las

Autodefensas del Bloque Cundinamarca limitándose a los tipos penales cuando lo que se evidencia es que muchos delitos se cometieron en concurso.

La Sala afirma que bajo esa lógica,

*“tomará una postura crítica respecto a la presentación y documentación de los “patrones de macro-criminalidad” de la Fiscalía 21, y estima que por adolecer de adecuadas reglas técnicas para su construcción y debido a deficiencias sobre todo metodológicas, **no puede aceptarlos**”.*

Si en la sentencia contra Luís Eduardo Cifuentes y demás postulados de las Autodefensas Bloque Cundinamarca (ABC), la Sala mayoritaria rechazó los “patrones de macro-criminalidad” presentados por la Fiscalía por considerar que el ente acusador no cumplió con los estándares fijados por el Decreto 3011 del 2013 en esta materia; en el caso de las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá (ACPB)<sup>802</sup>, se replican las mismas deficiencias:

La Sala<sup>803</sup> consideró que existe ausencia de marcos muestrales representativos; calificación de patrones de macro-criminalidad por tipos penales y no por procesos de macrovictimización; caracterización uniforme y estática de fenómenos de violencia que son variables en el espacio y el tiempo como el reclutamiento ilícito, la desaparición forzada, y el desplazamiento forzado, etc.); entre otros puntos que se profundizarán en este apartado.

No fueron aceptados los patrones de macrocriminalidad, presentados por la Fiscalía en la audiencia de imputación y formulación de cargos porque la Sala observó cuatro inexactitudes de orden metodológico en la elaboración de los “patrones de macro-criminalidad”:

La Fiscalía no especificó en la mayoría de patrones el marco muestral utilizado y cuando lo hizo, el número de hechos priorizados no cumplieron con el test estadístico de representatividad de la muestra, es decir que no especifico el tamaño del muestra en cuatro de los seis patrones escogidos.

La falta de correspondencia entre el número de casos seleccionados y el número real de hechos legalizados por la Sala en las audiencias, esto es que para conformar la muestra estadística de los patrones de “reclutamiento ilícito”, “desplazamiento forzado”, “hechos

---

<sup>802</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Rad. No.11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358 SENTENCIA Arnubio Triana Mahecha y otros. Sala de JyP. Diciembre dieciséis (16) de dos mil catorce (2014)

<sup>803</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358 Sentencia Arnubio Triana Mahecha y otros del 16 de diciembre de 2014.

connotados” y “violencia basada en género”, NO correspondieron con el número total de hechos legalizados durante las audiencias de concentración y aceptación de cargos.

La Fiscalía hizo una caracterización simplificada de los patrones de violencia cometidos por las ACPB. Agrupó los hechos delictivos que cometieron las ACPB en términos de tipos penales y no de conductas criminales que manifiesten el cumplimiento de condiciones de sistematicidad, generalidad y frecuencia; y desconociendo que más del 50% de los cargos legalizados obedecían a delitos conexos.

Adicionalmente, la Fiscalía clasificó con mucha discrecionalidad los hechos delictivos de las ACPB dentro de los denominados patrones de “homicidio”, “desaparición forzada”, “desplazamiento forzado” y “hechos connotados”.

Paradójicamente, a pesar de las discrepancias sustanciales en la construcción de los patrones de macrocriminalidad, los cuales fueron reducidos a tipos penales y no se determinaron los instrumentos de selección, lo cual genera en juicios subjetivos tanto de la escogencia como de las conclusiones, la Sala consideró que

*“esto no implica que las conductas delictivas presentadas por el Ente Fiscal no puedan ser analizadas por el Tribunal. Por tal razón, la Sala en el presente acápite se dedicará a verificar la legalidad o no de los cargos, los cuales permitirán adjudicar responsabilidad a cada uno de los postulados y emitir la respectiva sentencia”.*

En la sentencia proferida contra las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá, ACPB, la misma sala evalúa nuevamente los patrones de macrocriminalidad presentados por la Fiscalía e indica que tal como se rechazaron en la sentencia contra Luís Eduardo Cifuentes y demás postulados de las Autodefensas Bloque Cundinamarca (ABC), por considerar que el ente acusador no cumplió con los estándares fijados por el Decreto 3011 del 2013 en esta materia, para el caso de las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá (ACPB), se replican las mismas deficiencias descritas en la sentencia de las ABC:

*Ausencia de marcos muestrales representativos*<sup>804</sup>:

El numeral 7 del artículo 17 del decreto 3011 establece que para la identificación de los “patrones de macro-criminalidad” se debe *“documentar la dimensión cuantitativa de la naturaleza y número de las actividades ilegales cometidas bajo el patrón de*

---

<sup>804</sup> La Fiscalía no especificó en la mayoría de patrones el marco muestral utilizado y cuando lo hizo, el número de hechos priorizados no cumplieron con el test estadístico de representatividad de la muestra. La Fiscalía no especificó el “tamaño de la muestra” en cuatro de los seis patrones presentados.

*macrocriminalidad. Se utilizarán medios estadísticos en la medida de lo posible”.*

La muestra no cumplió con la exigencia de esta normas por cuanto el tamaño de la muestra del delito de Desaparición forzada que es de 427 casos, solamente se tomó la muestra de 134. La fórmula indica que se tuvieron que haber seleccionado 207 casos para que la muestra fuese representativa con un nivel de confianza del 95%. En el desplazamiento forzado no se especificó el tamaño de la muestra y sin embargo se presentaron 139 casos, por lo tanto el test de representatividad de la muestra no se puede calcular. En el homicidio el tamaño de la muestra es de 289 y solo se seleccionaron 74 casos. La fórmula indica que se tuvieron que haber seleccionado 168 casos para obtener un nivel de confianza del 95%. En el delito de violencia basada en género no se especificó la muestra, sin embargo se seleccionaron 18 casos y el test de representatividad no se puede calcular por ausencia de datos. Lo mismo sucede con el reclutamiento ilícito en donde se seleccionan 118 casos y no se puede hacer el test por falta de datos, al igual que hechos connotados.

La sala concluyo que el número de hechos priorizados no cumplió con el test estadístico de representatividad de la muestra.

*“Esta falta de correspondencia entre el número de casos seleccionados y el número real de hechos legalizados por la Sala en las audiencias, resulta problemático por dos razones: primero, porque el retiro de cargos disminuye la posibilidad de tener muestras representativas (sobre todo en los patrones de “violencia basada en género” y “desplazamiento forzado”, donde la muestra se redujo en un 16,6% y 12,9% respectivamente); y segundo, porque el retiro de cargos, refleja la falta de claridad de la Fiscalía a la hora de agrupar los hechos delictivos de las ACPB en un patrón de macrocriminalidad determinado.*

*La Fiscalía no especificó la política, la práctica y/o el modus operandi en varios hechos agrupados en los denominados patrones de “homicidio”, “desaparición forzada” y “reclutamiento ilícito”.*

Con la ausencia de esta información, la Fiscalía da señales de no haber tenido en cuenta de manera integral los artículos 16 y 17 del Decreto 3011 del 2013 que establecen que “las políticas”, “las prácticas” y el “modus operandi” de los GOAML, son los elementos 173 Este ejemplo ocurrió con el hecho número 13 del “patrón de desplazamiento forzado”. Después de no tener claridad sobre la situación fáctica, la Fiscalía lo retiró a pesar de haberlo incluido en dicho patrón bajo la modalidad de “control social – limpieza social”. Tribunal Superior De Bogotá Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358 SENTENCIA Arnubio Triana Mahecha y otros. Sala de Justicia y Paz 476 constitutivos que definen un “patrón de macro-criminalidad.

La Fiscalía hizo una caracterización simplificada de los patrones de violencia cometidos por



las ACPB.

La Fiscalía agrupó los hechos delictivos que cometieron las ACPB en términos de tipos penales y no de conductas criminales que manifiesten el cumplimiento de condiciones de sistematicidad, generalidad y frecuencia. Paradójicamente, la Fiscalía denominó los “patrones de macro-criminalidad” en función de delitos inconexos que no se constituyen en la mayoría de los hechos legalizados en las audiencias de concentración y aceptación de cargos (ver tabla). Es decir, la Fiscalía agrupó los hechos delictivos de las ACPB en seis patrones que reciben el nombre de un tipo penal, desconociendo que más del 50% de los cargos legalizados obedecían a delitos conexos.

La Fiscalía clasificó con mucha discrecionalidad los hechos delictivos de las ACPB dentro de los denominados patrones de “homicidio”, “desaparición forzada”, “desplazamiento forzado” y “hechos connotados”.

Un mismo hecho delictivo fue clasificado de manera diferente por la Fiscalía en dos “patrones de macro-criminalidad” distintos.

“Los criterios para seleccionar los hechos que constituyeron el “patrón de hechos connotados” revelan la discrecionalidad de la metodología de la Fiscalía y recrea además, dilemas éticos para el proceso de justicia transicional”.

Los criterios de “calidad de la víctima” o “multiplicidad de víctimas” –que sirvieron para agrupar los hechos en el “patrón de hechos connotados”–, no fueron aplicados de manera universal.

A pesar de estas inconsistencias de fondo, la Sala, no encuentra dificultad en impartir legalidad a los cargos formulados por la Fiscalía en los casos referenciados, sin tener en cuenta los patrones de macrocriminalidad, pues se tendrá en cuenta otros aspectos diferentes para hacerlo; como: el análisis de los hechos presentados por la fiscalía de acuerdo con el código penal, el bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales y la jurisprudencia. Nada distinto a lo que se hace en la Justicia Ordinaria y nada distinto a lo que se venía haciendo en el mismo proceso de JyP.

Lo que se evidencia de esta decisión Judicial, es que con política de priorización o sin ella; con patrones de macrocriminalidad o sin ellos, con máximos responsables o sin ellos; el fin de la JTr es condenar como se pueda, es buscar sentencias condenatorias de manera rápida, es cumplir los objetivos de condenar para mostrar las estadísticas sobre hechos y la sobre

dimensión de delitos, con el fin de legitimar la política criminal denominada JTr y mostrar a la comunidad internacional que se ha logrado el objetivo de la ley<sup>805</sup>.

Hemos afirmado a lo largo de este escrito que la búsqueda de la responsabilidad penal, como fin de la política de priorización cuya finalidad en la LJP es la condena de los postulados como única alternativa, es contradictoria con la construcción del contexto de la memoria histórica del conflicto armado en Colombia para la consolidación del principio de verdad, porque definitivamente, consideramos que hay incompatibilidad entre este principio y el principio de justicia, entendida en el marco de la Ley como NO impunidad.

Para establecer esta responsabilidad ni siquiera es necesario determinar a los máximos responsables. Por una sencilla razón: porque los máximos responsables no están en Justicia y Paz. Sin embargo, condenar a los máximos responsables es un eje fundamental de la política de priorización y de la construcción de los patrones.

En este entendido, estos patrones criminales incorporados como técnica de investigación en la LJP es sui generis, ya que no están diseñados para buscar a los máximos responsables de la comisión de delitos. Están diseñados para justificar que hay “máximos responsables” que son a nivel de la subversión mandos medios o inclusive de base y en el caso de los grupos de autodefensas, los comandantes de los diferentes frentes; sin que estos sean los máximos responsables; sino ejecutores de una política de Estado.

Por el contrario, estos ejecutores que han sido postulados a la Ley han aceptado hechos muchos hechos en virtud de una figura que no está contemplada jurídicamente en el ordenamiento jurídico que se ha denominado “línea de mando”.

Se entiende que la construcción de patrones es para identificar a los responsables de los delitos y para establecer el modus operandi y los patrones para capturar a los máximos responsables y lograr la verdad de lo sucedido; pero en el proceso de justicia y paz, fueron seleccionados los “máximos responsables” de los grupos de autodefensas y guerrilla que ya se habían desmovilizado, pero no los verdaderos máximos responsables; de tal manera que la construcción de los patrones, también se torna inocua, en cuanto que tanto los hechos, como todos los que participaron en ellos están versionando y confesando, incluso situaciones de las

---

<sup>805</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005, art. 1.: La presente Ley tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

que no tienen conocimiento concreto, pero que si no las confiesan pueden ser excluidos de la ley.

Y es aquí donde se presenta la tensión entre verdad y justicia: o acepta todos los cargos en la forma como los presenta la Fiscalía o se le envía a la Justicia Ordinaria para que se le investigue y allí si se le aplique *todo el peso de la Ley*, esto es, la pena ordinaria cuyo máximo es de 60 años de prisión. Esto convierte al proceso de Justicia y Paz en una forma de *chantaje* que permea el principio de verdad en aras de una estadística de hechos y delitos que legitime el proceso.

Ahora bien, “construir” patrones frente a los cuales no se va a determinar al responsable, tampoco se van a investigar hechos nuevos y tampoco se va a probar la responsabilidad a partir de elementos materiales probatorios, porque el postulado a la Ley ya está condenado; realmente, no se puede considerar un sustento de una política tal que desarrolle un concepto de macrocriminalidad que realmente no se está configurando.

### **3.7. Patrones de macrocriminalidad en la JTr. Análisis de casos.**

Sea lo primero aclarar que la primera sentencia sobre el análisis de los patrones de macrocriminalidad proferida por la Sala del Tribunal de Justicia y Paz<sup>806</sup> considero que reducir el concepto de patrón criminal a delitos o tipos penales, como lo hizo la Fiscalía impide identificar todos los elementos de un patrón, esto es, actividades criminales, prácticas y modos de actuación criminal para identificar políticas y planes de los GAOML y que debido a ello el análisis es parcial y subjetivado, lo que implica una visión parcial e incompleta del accionar criminal de las Autodefensas del Bloque Cundinamarca – ABC.

Estableció que existe una errada aplicación metodológica del enfoque de construcción de patrones criminales al agrupar delitos o hechos criminales, porque no se analizan los macro elementos de las conductas y prácticas de los patrones delictivos. La Fiscalía al asumir que todos los homicidios, todas las desapariciones forzadas y los desplazamientos forzados ocurren de la misma manera, por los mismos modus operandi, y responden a unas prácticas particulares, impidió correlacionar las diversas variables de un patrón e impidió develar el mismo; y al sumar hechos criminales se utilizaron las mismas variables para cada uno de los delitos identificados,

---

<sup>806</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. Sentencia Bloque Cundinamarca, Rad. 11001-22-52000-2014-00019-00 Rad. Interno 2319, num.1025, p. 563.

pero no analizaron de forma independiente los elementos del patrón criminal que pudiera conducir a la realización de delitos y la conexidad o el concurso entre estos.

Por tal razón la sala decidió sólo analizar los delitos y no los elementos que pueden constituir un patrón criminal. Si esto es así, se puede afirmar que la construcción de patrones para develar la memoria histórica, no es más que una técnica de investigación, que puede o no ser tenida en cuenta; y en ese orden de ideas es muy claro que la política de macro-criminalidad que se ha implementado para *agilizar* los procesos de justicia y paz tampoco cumple su objetivo de celeridad. Por el contrario, constituyen un mecanismo para evadir el conocimiento de la verdad de todos los hechos, por dispendioso que esto resulte. De eso se trata el principio de verdad.

Hacemos esta afirmación teniendo en cuenta que la forma como se presentan los patrones sobre la base de *un hecho base* referido a un tipo penal específico, no constituye la construcción de un patrón, pero si está impidiendo el desarrollo del principio de verdad en cuanto literalmente, a ese *hecho base*, se cuelgan los demás hechos que solamente se enuncian pero de los cuales no se conoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron en las audiencias de imputación y formulación de cargos. Los llamados patrones de macrocriminalidad han impedido el conocimiento de la verdad en el proceso de Justicia y Paz, con la sola enumeración que se está haciendo de los hechos.

En relación con los delitos o tipos penales propiamente dichos, la Sala afirma que los hechos cometidos están descritos en el código penal colombiano, en delitos contra el DIH pero que en algunos casos esto no aparece tan claro.

La Fiscalía presenta los patrones de macrocriminalidad, tanto en el caso de las Autodefensas del Bloque Cundinamarca –ABC– como en la sentencia de las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá –ACPB– a partir de los tipos penales –*reclutamiento ilícito, violencia basada en género, desaparición forzada, desplazamiento forzado, homicidio y exacciones o contribuciones arbitrarias*–, y no de conductas criminales que manifiesten el cumplimiento de condiciones de sistematicidad, generalidad y frecuencia. Igualmente, la sala encontró que la fiscalía clasificó discrecionalmente los hechos para ajustarlos a los patrones.

Según la Sala, la Fiscalía no especificó la política, la práctica o el *modus operandi* de las ACPB en un caso de desplazamiento forzado, nueve desapariciones forzadas y dos homicidios, desconociendo los artículos 16 y 17 del Decreto 3011 del 2013 que establecen que “las políticas”, “las prácticas” y el “modus operandi” de los Grupos organizados armados al margen

de la ley –GAAML–, son los elementos constitutivos que definen el “patrón de macrocriminalidad”.

En el caso de las ACPB, “... se registraron ‘161 delitos inconexos’ que equivalen al 47% del total de los hechos legalizados por la Sala. Por su parte, se registraron “181 delitos conexos”, que equivalen al 53% del total de hechos legalizados. En ese orden de ideas, la Sala deduce que no es adecuado definir los *“patrones de macro-criminalidad” en función de un tipo penal, ya que esto desconocería la complejidad del accionar criminal de los grupos paramilitares, pues como se muestra en el caso de las ACPB, la mayoría de acciones criminales cometidas presentaron dos o más delitos en concurso”*.

Se ha señalado que la Fiscalía al diseñar los patrones de macrocriminalidad ha referenciado los tipos penales como si se tratara de los mismos patrones. No obstante, no se ha hecho ninguna observación en cuanto a un asunto básico, antes de incursionar en el tema de los patrones.

Se trata de la subsunción jurídica de los hechos a los diferentes tipos penales y no se evidencia un estudio juicioso en relación con este aspecto, especialmente, porque hay muchas inconsistencias, en la adecuación típica. Y esto sí tiene *todo que ver*, con el diseño de los patrones que se pretenden construir si de lo que se trata es de buscar la verdad.

Por ejemplo, se evidencia una contradicción lógica entre los hechos y la adecuación al tipo penal de desaparición forzada, ya que la naturaleza normativa de esta conducta, requiere necesariamente que la persona privada de la libertad este viva, debido a que este tipo penal vulnera el bien Jurídico de la libertad y en consecuencia no procede sobre la persona ya fallecida<sup>807</sup>. Este aspecto fundamental no ha sido cuestionado en ninguna de las sentencias referidas y se ha tomado como desaparición sin que se cumplan los elementos normativos del tipo ni tampoco de antijuridicidad, por lo cual haremos referencia específicamente a este tipo

---

<sup>807</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno “233. El día 13 julio de 2004, en el Barrio 10 de Enero de Puerto Boyacá, el joven BLEY HERNANDO AGUIRRE VARGAS fue retenido por integrantes de las ACPB, entre estos, RAMIRO ALEXIS RODRÍGUEZ, alias “Rodríguez” y CLAUDIO SIXTO BETANCUR, alias “Claudio”, en atención a la orden impartida por el segundo comandante del frente, DIDIER MOGOLLÓN AGUIRRE, por cuanto se le endilgada el hurto de dos motos. La víctima fue llevada al sitio Los Trasmisores, donde fue interrogado por DIDIER MOGOLLÓN y luego entregado a alias “patoco”, alias “Claudio y alias “Rodríguez”, quienes le dieron muerte y desaparecieron su cuerpo por orden del comandante ADRIANO ARAGÓN TORRES”

penal ya que es el que se ha presentado como mayor frecuencia y al que se le han atribuido hechos que no corresponden con su contenido normativo.

El artículo 12 de la Constitución Política de Colombia de 1991 estipuló que “*Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*”. No obstante, solamente hasta la expedición de la Ley 589 del 07 de julio de 2000<sup>808</sup> se tipificó por primera vez la conducta de desaparición forzada:

*“Artículo 268A. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la Ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.*

*A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”.*

El artículo 165 de la Ley 599 de 2000, la incorpora al nuevo código penal en los mismos términos pero disminuyendo el mínimo de la pena en 20 años y el máximo a 30 años de prisión.

La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas del 12 de abril de 2005 en el artículo II estipula define la desaparición forzada como la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado parte.

El artículo 1 de la Ley 1426 de 2010, al establecer que “El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una

---

<sup>808</sup>Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones. Nota: Publicado en el Diario Oficial 44073 de julio 7 de 2000.

organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de DH, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años” lo cual se confirma en la Sentencia C- 290 de 201.

La Carta Política de Colombia en su artículo 28 estipula que “en ningún caso podrá haber penas y medidas de seguridad imprescriptibles”. En este orden de ideas, la Corte en sentencia C- 578 de 2002, en relación con el Estatuto de Roma y específicamente en lo atinente al tema de la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la CPI, consideró lo siguiente: (i) el tratado internacional se ajusta a la Constitución, razón por la cual fue declarado exequible; (ii) existen siete (7) tratamientos diferentes entre el instrumento internacional y la Constitución, entre ellos, el referido al tema de imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la CPI; (iii) tales tratamientos diferentes fueron expresamente autorizados por el Acto Legislativo 02 de 2001; (iv) estos últimos se aplicarán únicamente en el ámbito de competencia de la CPI, pero no modifican, de forma alguna, el ordenamiento jurídico interno; (v) así la acción penal o la pena hayan prescrito en Colombia, en relación con uno de los crímenes de competencia de la CPI, de llegar a presentarse los presupuestos que activan la competencia de aquélla (principio de complementariedad), el órgano internacional podrá investigar y sancionar a los responsables.

Atendiendo estos criterios, es necesario aclarar que ni siquiera, tratándose de graves crímenes procede en Colombia la imprescriptibilidad de las penas y esto incluye los delitos que son objeto de imputación en el proceso de JTr. Habiendo hecho esta aclaración, referiremos los aspectos más importantes del delito de desaparición forzada que ha sido imputado en todos los procesos de justicia y paz y gran parte de los hechos no corresponden a este tipo penal.

La desaparición forzada<sup>809</sup> es un hecho súbito que produce muchos “sin sentidos” en los familiares de las víctimas. Se le llama “experiencia traumática” porque es una experiencia que deja una huella indeleble en la memoria, en la historia y en la vida de la gente, con la cual se tiene que aprender a vivir. Dentro del contexto de las violaciones de DH, la desaparición afecta el “proceso de duelo”, el cual consiste en la forma en que las personas enfrentan la pérdida de personas con quienes tienen una vinculación afectiva específica. La desaparición implica un tipo de proceso de duelo<sup>810</sup> muy traumático y difícil de realizar”. “... La desaparición conlleva

---

<sup>809</sup>CoIDH. *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004, p. 32.

<sup>810</sup>CoIDH. *Caso 19 comerciantes Vs. Colombia*. Sentencia condenatoria del 05 de julio de 2004. “El duelo tiene cuatro tareas principales en el proceso de restablecimiento y recuperación emocional. La primera tarea es

la “deestructuración” de la dinámica familiar, lo que produce a su vez una pérdida de apoyo social y familiar para los hijos. Los niños no tienen una referencia paterna y no saben bien que es lo que ha sucedido, además de que son muy sensibles a la dinámica del silencio que frecuentemente se establece en la familia de los desaparecidos.”

La CoIDH en otras decisiones ha dicho que la desaparición forzada constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención; se trata de un delito contra la humanidad. Además, la desaparición forzada supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención<sup>811</sup>.

Al respecto, la Corte recuerda que la desaparición de una persona, porque no se conoce su paradero, no es lo mismo que una desaparición forzada. La desaparición forzada de personas es una violación de DH constituida por tres elementos concurrentes: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada<sup>812</sup>.

El artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que:

*“[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su Jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de*

---

que la persona acepte que la pérdida es un hecho definitivo en su vida. La segunda es la posibilidad de expresión emocional, de manera que la persona tenga un espacio para poder llorar y expresar frente a otras personas significativas cómo se siente. La tercera tarea es que la persona se adapte a un nuevo contexto en el cual ya no está su familiar, lo cual inclusive implica una adaptación económica porque ya no cuenta con el fuente de sustento. La cuarta tarea es desarrollar formas de recuerdo de la persona desaparecida, cómo simbolizar la pérdida, cómo recordar al familiar desaparecido, y la posibilidad de restablecer las relaciones afectivas con personas significativas”.

<sup>811</sup>CoIDH. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia del 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párrs. 128 y 129; Caso Blake. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 65; y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6, párrs. 147 y 152

<sup>812</sup>CoIDH. *Caso desaparecidos del Palacio de Justicia Vs Colombia*. Sentencia noviembre de 2014. Ítem 226, p. 72.



*cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”.*

El Estatuto de Roma la consagra como un crimen de lesa humanidad

*“i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”<sup>813</sup>.*

Según se indica en el informe de investigación en el caso de el postulado Hebert Veloza, la desaparición forzada<sup>814</sup> es la privación de la libertad de una o varias personas mediante cualquier forma de aprehensión, detención o secuestro, seguida de su ocultamiento, o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de dar cualquier información sobre la suerte o paradero de esa persona, privándola así de los recursos y garantías legales.

Constituye violación a los DH cuando los hechos son cometidos por el Estado a través de sus agentes o a través de personas o grupos de personas que actúen con la autorización o apoyo del Estado.

Es *crimen de lesa humanidad* cuando entre otras características, los hechos se cometan de manera generalizada (multiplicidad de víctimas) o sistemática (como parte de una práctica frecuente).

Se diferencia del secuestro en que la privación de la libertad en la desaparición forzada, requiere de la negativa a reconocerla. El secuestro supone una privación transitoria de la libertad que está condicionada con un propósito a diferencia de la desaparición cuyo propósito es precisamente ese ocultamiento. El secuestro es un delito instrumental, es decir un medio para un fin; la desaparición es un fin en sí mismo.

El artículo III de la Convención Interamericana establece que:

*“[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su*

---

<sup>813</sup>Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad , 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” Cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque... desaparición forzada.

<sup>814</sup>Informe investigador de campo FPJ-11 No caso 110016000235200681099, p. 29.

*extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona”.*

El artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que:

*“[t]oda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente. Los Estados Partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades”.*

234. Una desaparición forzada se configura por una pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, distintos bienes jurídicos protegidos por la Convención. Por tanto, el examen de una desaparición forzada debe ser consecuente con la violación compleja de DH que ésta conlleva. Al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo es sólo el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima. El análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención, la posible tortura o el riesgo de perder la vida<sup>815</sup>.

265. Al respecto, la Corte recuerda que uno de los elementos característicos de una desaparición forzada es precisamente “la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada”, por lo cual resulta cuestionable descartar la posible desaparición de una persona con base en la ausencia de información. No es lógico ni razonable investigar una desaparición forzada o negar su ocurrencia en base a que los posibles responsables o autoridades involucradas no brindaron información sobre el paradero de la persona desaparecida. La Corte recuerda que en la investigación de una presunta desaparición forzada las autoridades estatales deben tomar en cuenta los elementos característicos de este tipo de delito (p. 88).

---

<sup>815</sup>CoIDH. Caso desaparecidos del Palacio de Justicia Vs Colombia. Sentencia noviembre de 2014. Ítem 226, ítem 234, p. 76.

La CoIDH concluyó que existió un *modus operandi* tendiente a la desaparición forzada de personas consideradas como sospechosas de participar en la toma del Palacio de Justicia o colaborar con el M-19. Los sospechosos eran separados de los demás rehenes, conducidos a instituciones militares, en algunos casos torturados, y su paradero posterior se desconocía (p. 103).

375. La Corte constata que, de acuerdo al Juzgado Tercero Penal, en la época de los hechos existía una práctica de trasladar a las personas sospechosas de pertenecer a grupos guerrilleros a instalaciones militares donde con frecuencia eran maltratadas. De manera similar, el Juzgado 51 Penal indicó que “puede colegirse con total certidumbre que para las décadas de los ‘setenta’ y ‘ochenta’ eran frecuentes los seguimientos, las retenciones sin orden de autoridad competente, los interrogatorios ilegales e incluso las torturas físicas y psicológicas, métodos a los que recurrían algunos miembros del Ejército para alcanzar determinados resultados, todo bajo el conocimiento y/o aquiescencia de altos mandos militares y aún de gobernantes de la época (p. 123).

Según MOLINA, la práctica de la Desaparición Forzada tiene como objeto la absoluta impunidad y el crimen perfecto: “No hay víctimas, por ende, no hay victimario ni delito<sup>816</sup>”.

El crimen de la Desaparición Forzada de personas, es múltiple y continuado en el tiempo, iniciando con la privación de la libertad de las personas y la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad, o a informar sobre el paradero de la persona desaparecida, privándola así de los recursos y las garantías legales

Los patrones de macrocriminalidad de este delito cometido por el Bloque calima fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de J y Paz dentro del proceso contra GIAN CARLO GUTIÉRREZ<sup>817</sup> y al respecto se dijo:

*“Resulta ilustrativo, para el propósito de esta decisión, examinar el caso Velásquez Rodríguez, donde la CoIDH dictó sentencia en contra del Estado de Honduras por la desaparición del ciudadano Manfredo Velásquez Rodríguez destacando que dicha desaparición se encontraba inscrita dentro de un patrón de desapariciones forzadas perpetradas por las Fuerzas Militares Hondureñas entre 1981 y 1984; es decir, aun sin contar con otros medios de prueba, el patrón delictivo permitió la inferencia”.*

---

<sup>816</sup>MOLINA THEISSEN, L. *La Desaparición Forzada de personas en América Latina*, 2009.

<sup>817</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala de Justicia y Paz. Sentencia del año 2012 Pagina 19 y 216, MP. Lester Maria Gonzalez Romero contra el postulado GIAN CARLO GUTIÉRREZ SUAREZ.

Según lo versionado por HERBERT VELOZA<sup>818</sup>, “por eso la *práctica de las fosas que había en Urabá se implementó aquí en el Valle*, acá de Palmira a la Buitrera hay cerca otros municipios, los urbanos subían personal acá y los enterraban. En la Buitrera como dije también en Tuluá por los lados de Pardo Alto y Galicia”.

Para definir el patrón de desaparición forzada se indica en el informe de investigación, que: De los 1058 registros, se tiene una muestra de 133 víctimas de las cuales se extraen 3 categorías que “motivaron el patrón de desaparición forzada”:

El 71% de personas desaparecidas de la población civil, por “*vínculos con el grupo enemigo*”. La segunda motivación fue *el desacato a las reglas del grupo* en un 21% y la tercera causa *es el control social* sobre personas de la población civil con el 8% de casos, quienes no acataban las reglas de grupo y se desarrolló la llamada “limpieza social”.

Esta práctica se intensifica por “el incremento en los índices de criminalidad” sobre todo en los cascos Urbanos por los homicidios perpetrados por las autodefensas, dado que sus comandantes, en acuerdo con los comandantes, tanto de la Policía como del Ejército Nacional, toman la Decisión de sacar los cuerpos de las víctimas para luego desaparecerlas.

Según el postulado HEBERT VELOZA<sup>819</sup>:

*“(11:31:52. POSTULADO) Hay una gran responsabilidad de la fuerza pública que son los indirectos responsables de esta modalidad de Las Fosas, porque en Urabá comienzas a haber una serie de homicidios todos los días entonces a los Comandantes se le suben los índices de homicidios [...] a los Comandantes de la Policía y del Ejército de la zona donde hacíamos presencia, se le empiezan a subir los Índices de Homicidios y comienzas a hacer presionados por sus jefes más altos o por los medios o por diferentes entes tanto Gubernamentales como o ONG porque están sucediendo estos hechos, entonces ellos comienzas a solicitarnos que por favor no dejemos muertos en los Municipios, que no dejemos los muertos tirados, si no que los desaparezcamos y que los enterremos, para que ese Índice no se suba tanto ahí es donde comienza a operar y a implementarse ese modo de las FOSAS COMUNES y se va creciendo, porque ello muchas veces permitían cometer el hecho pero con el compromiso de no dejarlos tirados por ahí. FISCAL eso comienza a ocurrir en qué año, esa práctica de abrir fosas para enterrar a las víctimas. POSTULADO, Eso yo creo cuando estuvo el furor de la GUERRA en Urabá en el 95 comienza esa práctica de FOSAS en el 95 si para el 95 finales del 95.*

---

<sup>818</sup>Versión libre del postulado HEBERT VELOZA GARCÍA, fecha 6 de noviembre de 2007, Fiscalía 17 UNFJYP, Medellín.

<sup>819</sup>Postulado HEBERT VELOZA GARCÍA”: minuto a minuto 10:50:01, versión libre el 27 de octubre de 2007, minuto 11:31:52.

[...]

*debido a eso las AUTORIDADES comienzas a pedir colaboración a que nos permiten seguir operando en estos Municipios con el compromiso, de que desaparezcamos las personas por eso yo hice un relato en estos días por que se comienzas a implementar las fosas comunes que es un pedido de las AUTORIDADES de la Policía para que no se le suban los Índices de mortalidad de homicidios y saliera ellos perjudicados en sus Índices ”<sup>820</sup>.*

Las prácticas de desaparición según el informe se dan entonces por: Inhumación en fosa clandestina 45%, cuerpo arrojado completo al río 26%, se desconoce que paso con el cuerpo 15%, inhumación fosa clandestina desmembrado 12% y cuerpo incinerado 2%. El *modus operandi* se da por la fuerza en un 66%; engaño un 28% y amenaza un 6%.

Los delitos conexos:

Esta manera de actuar lo justificaba los grupos ilegales toda vez que en aquellas no solo se cometió esta conducta punible de desaparición forzada, sino otras conexas como el homicidio con un 100%, (es decir todas las personas desaparecidas por los dos bloques fueron víctimas de homicidio, pues como se manifestó en los requisitos de elegibilidad el bloque calima y Bananero a la desmovilización no tenía secuestradas), tortura con 8%, hurto con 10%, desplazamiento forzado en un 10% y secuestro con 8%, entre otras conductas con las cuales el grupo ilegal necesitaba demostrar su poderío, para ello además de intimidar a la población civil, enfrentaban a la guerrilla en su cometido de ganar territorio de injerencia de ese grupo ilegal, así como se ha venido señalando en este documento” (46).

En el informe se indica que para cometer el delito de desaparición forzada

*“utilizaban armas de fuego de largo y corto alcance en un 61%; sin establecer un 26%; con armas blancas en un 10% y en un 3% con objetos contundentes donde las personas antes de ser desaparecidas eran ultimadas con esta clase de instrumentos”.*

Igualmente, se informa que en un 23% hubo participación de alguna autoridad.

De acuerdo con las conclusiones emanadas de este informe llaman la atención varios aspectos: La desaparición forzada se tipificó por primera vez en Colombia con la Ley 589 de 2000<sup>821</sup> y fue recogida por la Ley 599 de 2000 en su artículo 165 que entro en vigencia en julio

---

<sup>820</sup>Postulado HEBERT VELOZA GARCÍA”: minuto a minuto 10:50:01, versión libre el 27 de noviembre de 2007, minuto 04:16:23.

<sup>821</sup>Expedida el 06 de julio de 2000, Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones.

del 2001<sup>822</sup>. Sin embargo, las imputaciones que se realizaron por este delito en este proceso en su gran mayoría fueron realizadas con posterioridad al 06 de julio de 2000, a pesar que las conductas se realizaron antes de esta fecha.

El tipo penal de desaparición forzada hace parte del “Título III DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS GARANTÍAS”, es decir que el Bien jurídico que se protege es la libertad individual y en la totalidad de los casos narrados en este informe para establecer los patrones de criminalidad de este delito, la finalidad de los autores no fue la de la desaparición como tal, sino darle muerte a las personas, tan es así que en las mismas versiones en todos los casos cuando, “*mediante engaños, fuerza o amenaza*”, según se dice en el informe que fue el *modus operandi*, se llevaban a la víctima, era para matarla.

Igual sucede con el análisis de las *motivaciones*, esto es por ‘control social’, ‘desacato de las reglas del Grupo organizado al margen de la ley’, o por ‘vínculo con grupo enemigo’. De acuerdo con este análisis, tanto el *modus operandi* como las motivaciones no corresponden con este tipo penal, sino con el de homicidio. Este *modus operandi* no fue para desaparecer a las personas sino para matarlas.

El análisis que se hace en el informe del tipo de armas, esto es “arma de fuego, arma blanca, objeto contundente y sin establecer”, no configura los medios para el tipo penal de desaparición forzada; más bien los medios para dar muerte a las personas.

Para corroborar aún más que este *modus operandi* y estos patrones en la forma como están establecidos no corresponden con el delito de desaparición forzada basta con detenerse a analizar el tema de *delitos conexos*, en donde se indica que el principal delito conexo fue “el homicidio con un 100%”.

Una cosa es la desaparición forzada como vulneración del bien jurídico de la libertad y otra muy distinta es que como consecuencia de la desaparición forzada sobrevenga la muerte, caso en el cual a la luz de numeral 8 “cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada

---

<sup>822</sup>“El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la Ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior” Lo subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional C-317-02 de 2 de mayo de 2002.

le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas” se configura un agravante al delito y aun así la finalidad es la desaparición y no la muerte. De hecho con la muerte cesa la desaparición.

Según algunos autores entre ellos “Galain Palermo y por Meini, sostiene que efectivamente hay muchos y muy básicos bienes jurídicos que pueden ser afectados por la desaparición forzada (la libertad, la vida, la integridad física, etc.).

Estos autores destacan sin embargo que no son esa multiplicidad de bienes (que se encontrarían en un primer nivel) los que están siendo protegidos por esta figura penal y que la caracterizan y hacen necesaria. Se supone, como resalta Meini, que una nueva figura penal debe cubrir un vacío y no ser sancionada como mera agravante de figuras ya existentes (como podría ser en este caso su relación con la figura del secuestro o de la privación ilegítima de la libertad, que tienen por bien jurídico protegido la libertad individual).

Este comentador evalúa en detalle y descarta los distintos bienes jurídicos que no son protección específica de la figura de la desaparición forzada. Así, explica, no se trata de la vida, ya que el delito puede consumarse aunque la víctima no muera, y, por otro lado, desde el momento en que la persona desaparecida muere –si es que se diese este caso – el delito de desaparición forzada cesa.

El concepto jurídico de desaparecido no es para Meini sinónimo de “desconocimiento del destino del sujeto”, sino de “desconocimiento de su ubicación en tanto sujeto a quien se protege jurídicamente su personalidad”. Es decir, la desaparición forzada – como también sostiene López Díaz – solo se ejecuta en tanto haya una víctima viva. La vida no puede ser entonces el bien jurídico protegido”<sup>823</sup>

### **3.8. El dominio de la voluntad sin dominio, como máxima de la Justicia transicional.**

He denominado este tema como *el dominio de la voluntad sin dominio*, porque se está imputando la autoría en los procesos de JTr a algunos postulados en hechos delictivos que no ordenaron, que no participaron, o que no realizaron con un acuerdo previo; pero sin embargo, asume la responsabilidad de facto del delito por virtud de su *pertenencia al grupo* armado organizado al margen de la ley o por la *zona de influencia* del mismo.

---

<sup>823</sup> AMBOS, K. / BÖHM, M. *El tipo penal de la desaparición forzada de personas. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*, 2010, p. 9. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20100617\\_03.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_03.pdf).

Considero que en estos casos se está construyendo una forma más avanzada del Derecho penal de autor, referida a la pertenencia del postulado al grupo<sup>824</sup> y a la zona de influencia de su actividad delictiva.

La pertenencia al grupo se presenta en dos sentidos. Por un lado, los llamados *máximos responsables* mediante la figura novedosísima en materia de autoría de Derecho penal que no se encuentra delimitada en el ordenamiento jurídico penal vigente, denominada “línea de mando”. En este caso a pesar de que el postulado no ha dado la orden y muchas veces sin conocer la situación, responde en su calidad de comandante.

Según la directiva 001 de 2012, en la cual se dijo que el concepto de máximo responsable se aplica en dos categorías:

*(i) aquel que dentro de la estructura de mando y control de la organización delictiva sabía o podía prever razonablemente la perpetración de crímenes en desarrollo de la ejecución de los planes operativos; y (ii) de manera excepcional, se trata de aquellas personas que han cometido delitos particularmente notorios, con independencia de la posición que ocupaban en la organización delictiva.*

Por otra parte, los integrantes del grupo de base que actuaron como instrumentos, muchas veces coaccionados sin poderse oponer, responden como instrumento. Este caso se presenta muchas veces en el caso de los insurgentes, especialmente por una política de las FARC que se denomina compartimentación<sup>825</sup>. Esto es contrario a la coautoría impropia, porque el miembro del grupo no conoce la operación completa, sino solo le dan unas instrucciones que debe cumplir, de las cuales se puede o no realizar la actividad.

Por ejemplo, en el caso que le indican a la persona que se ubique en un lugar y en caso de que vea al enemigo actúe. Pero si no necesita actuar y no lo hace, muchas veces no tiene la información completa de porque debe realizar esta actividad, pero en caso de necesidad, está obligado a actuar. La dificultad se presenta cuando no actúa, porque ni siquiera conoció los

---

<sup>824</sup>Aunque por razón de esa circunstancia, les han sido imputados a todos el delito base de concierto para delinquir o el delito de rebelión.

<sup>825</sup>Secreto y discreción que se debe tener y conservar en todas las actividades de inteligencia, en las que se conoce única y exclusivamente lo indispensable para el cumplimiento de la misión recibida. Tomado de: <http://glosarios.servidor-alicante.com/inteligencia-policial/compartimentacion>.



pormenores de la operación y tampoco desplego ninguna actividad. No obstante, responde penalmente a título de autor.

La zona de influencia. Aquí se configura supuestamente la autoría en el caso de ser comandante de una zona, pero que no dio ninguna orden de la realización de una conducta, tampoco tuvo conocimiento, no sabe tampoco quien la cometió, pero por estar dentro de su zona de influencia, se le imputa la responsabilidad a título de autor mediato o *línea de mando*.

Nuestra tesis es que estas figuras comportan nuevas modalidades del Derecho penal de autor, ya que la responsabilidad se está definiendo por la calidad de ser miembro del grupo o por la zona de influencia del mismo, pero no por el actuar concreto y específico de cada uno. Considero que estas modalidades se podrían definir como *Derecho penal de autor con responsabilidad colectiva*.

Contraviene los principios del Derecho penal contenidos en el **artículo 29 de la carta** “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes”; en el **artículo 11-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos**: “Nadie será condenado por actos y omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional.”; en el **artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos** “Nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”; en el **artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos**: “Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.”, entre muchas otras normas que garantizan el principio de legalidad. ya que el artículo 29 de la constitución establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, al acto que se le imputa”.

Esto, en términos de FERRAJOLI<sup>826</sup>,

*es la primera deformación concierne al principio de legalidad en la determinación de lo punible, que aquí ya no es el delito sino el reo, con independencia del delito y la segunda deformación que es la consecuencia de la primera, trastoca la naturaleza del juicio penal y produce la quiebra de*

---

<sup>826</sup> FERRAJOLI, L. *Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas. México, 2007, P. 13

*todas las garantías procesales. Si el delincuente y el imputado son enemigos, el juez a su vez se convierte en “enemigo del reo” y pierde toda su imparcialidad.*

Para ilustrar el tema haremos una breve descripción del concepto de Derecho penal tradicional de autor: luego un análisis comparativo sobre participación y autoría tanto en el decreto Ley 100 de 1980 vigente para los hechos ocurridos durante su vigencia y el código penal actual contenido en la Ley 599 de 2000 que entro en vigencia el 24 de julio de 2001, ya que gran parte de los hechos que se están juzgando en justicia y paz fueron cometidos durante la vigencia de la Ley 100 y se delimitan las categorías en una y otra; finalmente, nos detendremos en la teoría del dominio del hecho desde los planteamientos de Roxin en cuanto al dominio de la voluntad y el dominio funcional, con el fin de identificar la forma como se están aplicando estas categorías a partir del “*hombre de atrás*” y de las estructuras organizadas de poder en la LJP.

Todo esto para mostrar que la responsabilidad penal en esta Jurisdicción se compadece más con una nueva modalidad que hemos llamado, Derecho ***penal de autor con responsabilidad colectiva***.

#### 1.- Breve descripción del concepto de Derecho penal de autor.

Para Iñaki<sup>827</sup>, el positivismo tuvo gran influencia en la criminología y se centró en la personalidad de los infractores a la Ley penal, buscando una explicación científica a la criminalidad, partiendo del comportamiento del delincuente en relación al comportamiento adaptado a las normas sociales y para ello se hizo énfasis en el análisis del porque los sujetos delinquen.

Así lo afirma Raffaele GAROFALO<sup>828</sup>, cuando plantea que “nuestra noción del delito nos llega naturalmente a la idea de la anomalía moral del delincuente” y considera que “el acto no es un fenómeno aislado, sino el síntoma de una anomalía moral.”.

Por su parte, LOMBROSO<sup>829</sup> centró su análisis en el determinismo biológico como causa principal del comportamiento criminal y FERRI<sup>830</sup> escribió que

---

<sup>827</sup>RIVERA BEIRAS. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, p. 24.

<sup>828</sup>GAROFALO, R. *La Criminología: estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Ed. IBdeF, Buenos Aires, 2005, pp. 57 y 58.

<sup>829</sup>RIVERA BEIRAS. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, p. 25.

<sup>830</sup>FERRI, E. *Sociología criminal*, Tomo II., Prefacio. 30 de Octubre de 1907, p. 12.

*no podemos imaginar un delito sin un delincuente que lo cometa: en tanto que es posible, en sentido biológico social, si no jurídico, que un delincuente exista (estando contenidas por circunstancias favorables sus disposiciones personales), sin haber cometido ningún delito.*

MIR PUIG<sup>831</sup> plantea que como sustitutivo de la libre decisión de delinquir, la reacción punitiva acudió a los conceptos de *responsabilidad social* en la medida en que el hombre por vivir en sociedad es responsable de sus actos y *temibilidad* en cuanto que la intensidad de la defensa de la sociedad dependería del grado de probabilidad de que el sujeto cayese en el delito. La temibilidad, finalmente se convirtió en peligrosidad; concepto que se ha extendido en la doctrina y en las legislaciones.

ZAFFARONI<sup>832</sup>, plantea que el Derecho penal del siglo XX en la medida en que admitió que algunos seres humanos son peligrosos y por tal razón deben ser segregados o eliminados, los cosificó y con ello los dejó de considerar personas y considera que la privación de la libertad en razón a su reincidencia en un delito contra la propiedad *es una reacción totalmente desproporcionada a la entidad de su injusto y su proporcionalidad* y por lo tanto, se trata de una *suerte de enjaulamiento de un ente peligroso*.

LASCANO<sup>833</sup>, indica que el Derecho penal de autor y el de peligrosidad coinciden cuando se parte de una concepción determinista y biológica del hombre que niega el libre albedrío y es sancionado por su modo de ser, por su mal carácter o por su forma de vida. Para quienes promueven esta teoría, el hecho solo tiene un valor sintomático de la personalidad peligrosa de su autor que es lo reprochable y debe ser corregida.

Actualmente muchos penalistas –gran parte de ellos jueces y magistrados–, comparten las teorías lombrosianas. BIRCANN<sup>834</sup> por ejemplo considera que muchos de los rasgos distintivos de la subcultura criminal enumerados por LOMBROSO originariamente, mantienen una palpitante actualidad y han sido redefinidos por nuevas corrientes del pensamiento criminológico y fue LOMBROSO quien esbozó ciertas medidas de carácter preventivo, que llamó *sostitutivi penali* (sustitutos penales).

---

<sup>831</sup>MIR PUIG, *Introducción a las bases de Derecho penal*, Ed. IBdeF, Buenos Aires, 2ª ed., 2003, p. 162.

<sup>832</sup>ZAFFARONI, E. *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 2006, p. 28.

<sup>833</sup>LASCANO, C. *Derecho penal. Parte general*, Cordoba Advocatus, 2005, p. 28.

<sup>834</sup>BIRCANN, J. *Estudios sobre criminología y derecho penal*, Escuela Nacional de Ministerio Público, República Dominicana, 2005, p. 26.

El peligrosismo sobre el cual se erige el Derecho penal de autor se ha desarrollado en diferentes manifestaciones. Por razones de carácter físico o psicológico o por razones sociales y antropológicas; pero también dentro de los contenidos constitucionales que desarrollan el Derecho penal de acto se sumergen implícitamente a nivel legislativo y jurisprudencial las prácticas de peligrosidad por diferentes factores, tales como falta de arraigo, reincidencia, conductas graves, que no son otra cosa que presunciones de culpabilidad que son evidentemente contrarias al Derecho penal de acto.

Estas manifestaciones de derecho de autor se desenvuelven en todos los escenarios de la teoría del delito y de la pena. Por una parte, en el ámbito de la tipicidad, cuando en el mismo tipo normativo se incorporan conceptos de peligrosidad en los tipos penales, verbigracia el tipo penal de porte ilegal de armas<sup>835</sup>; o cuando se protegen bienes jurídicos que per se, no significan la realización de una conducta, sino la intención de desplegarla, como en el caso del delito de tráfico de estupefacientes cuando la tenencia es para consumo; en este caso, no se vulnera ningún bien jurídico pero se castiga la condición de consumidor y no el daño causado, porque no se ha causado.

Finalmente, en el escenario de la culpabilidad, es donde más se evidencia la aplicación del Derecho penal de autor porque se incursiona en el ámbito subjetivo del presunto autor. A nivel procesal, prácticamente la regla que impera, por razones, según muchos autores de ‘necesidad’, es la peligrosidad, que justifica la privación “provisional” de la libertad y con ella la aceptación de la presunción de culpabilidad.

La criminología de hoy en día, como afirma BUSATO<sup>836</sup>, no es la misma tal como aparece en el siglo XIX bajo el signo del positivismo sociológico, sino que ha ampliado sus objetivos específicos de estudio, cuyo núcleo central es la criminalidad. Vemos cómo las características más importantes de la escuela positiva aún están presentes en los ordenamientos jurídicos modernos.

Estas características son sintetizadas por AMUCHATEGUI<sup>837</sup>, quien manifiesta que

---

<sup>835</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P.Col.), modificado por la Ley 1453 de 2011. “Artículo 365. Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años”.

<sup>836</sup> BUSATO, P. / MONTES, H. *Introducción al Derecho penal - Fundamentos para un sistema penal democrático*, Ed. Servicios Gráficos Nicaragua, Managua, 2009, p. 21.

<sup>837</sup> AMUCHATEGUI, R. *Derecho penal*. 2ª ed. Oxford University Press. Curso 2015. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 3.

*como reacción a la escuela clásica surge esta corriente, que se fundamenta en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales; niega el libre albedrío y plantea que el hombre no escoge de manera libre y consciente el mal sobre el bien, puesto que es un ente natural.*

Destaca como característica la influencia de César LOMBROSO, con sus estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría de criminal nato y la teoría de la responsabilidad social., toda vez que el delincuente es el punto central. Para su estudio se emplea el método inductivo, esto es que va de lo particular a lo general, conocido también como experimental; la pena es proporcional al estado peligroso y por supuesto, la medida de seguridad es más importante que la pena misma. *En vez de castigar, se debe prevenir.*

La LJP<sup>838</sup> al establecer como ya se ha dicho, como única medida de aseguramiento la detención preventiva y determinar que solo procede su sustitución cuando se cumpla el máximo de la pena, adicionalmente, al cumplimiento de otro sinnúmero de requisitos, es un tributo a estas consideraciones doctrinarias.

## 2.- Autoría y participación en el Decreto Ley 100 de 1980 / Ley 599 de 2000.

El artículo 23 del decreto Ley 100 de 1980 dice que es autor “*El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo*” y es cómplice “*El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo,..*”

### **Ilustración 1.**

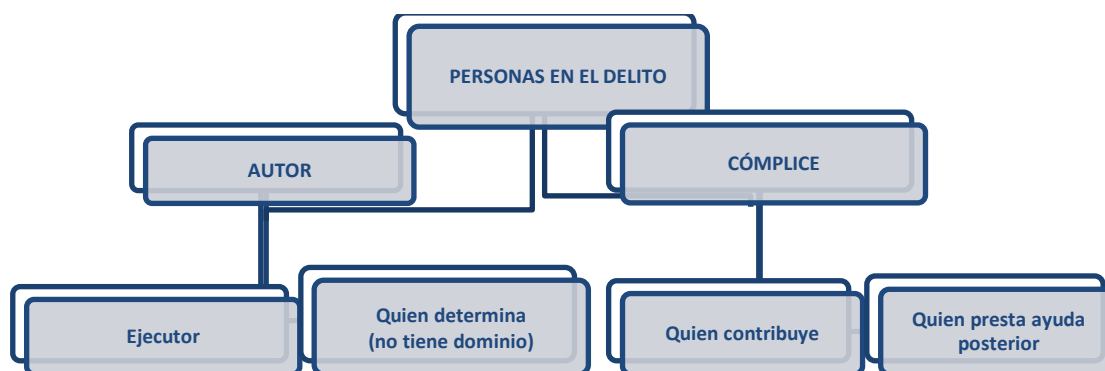


ILUSTRACIÓN 1: Categorías de autoría y participación en el decreto Ley 100 de 1980, tomada del artículo publicado en la revista Criterio Jurídico Garantista. Número 8. Enero – junio de 2013, página 82.

<sup>838</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1592 de 2012 artículo 18ª y Decreto 3011 de 2013, art. 37.

**Autor** es el que realiza solo el hecho punible y despliega su actividad tanto objetiva como subjetiva. La calidad de autor se hace ostensible en la realización del hecho sin ayuda de nadie<sup>839</sup>.

**Coautor** es el que realiza el hecho asociado con otro u otros obrando con estos en forma directa y personal y el resultado pertenecer a todos y cada uno de ellos. Para Welzel, la coautoría es una especie de autoría en el cual el dominio unitario sobre el acto se da conjuntamente, es decir, la combinación objetiva sobre la base del concepto final de autor. La categoría de coautor surge de la del autor, este es el que realiza la conducta expresada por el verbo rector y coautor el que hace la obra con otro u otros como autores inmediatos.

**Determinador**<sup>840</sup> es quien determina a otro para que realice un hecho punible, no es autor, no es coautor, no es cómplice, aunque en Colombia se ha cultivado la idea de “autor intelectual”, lo que es incorrecto, según lo expone el tratadista Luis Carlos Pérez. “Determinador es el que hace nacer en otro la voluntad delictiva, el que carga de energía esa potencia psicológica, el que se impone a otro para que cometa la infracción en calidad de autor”, a diferencia del *instigador* que “es el que apenas fomenta o completa esa energía volitiva ya iniciada”.

En la Ley 100 el autor intelectual no existe como categoría específica. “Solo es autor el que realiza la figura punible. Por lo tanto el determinador que no concurre a esa realización es un partícipe<sup>841</sup>”. Es indispensable establecer cómo y cuándo se produjo la determinación y en qué circunstancias se aceptó el encargo y cuál era la condición de las dos partes para que se pueda hablar de determinador... El determinador debe querer el resultado y dirigirse a un hecho preciso.

---

<sup>839</sup>PEREZ, L. *Derecho penal*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 51 y ss.

<sup>840</sup>PEREZ, L. *Derecho penal*, op.cit., p. 55 y ss.: “La acción de determinar, del latín *determinare*, señala los términos a que se acoge una persona para mover la voluntad ajena revestida de superioridad suficiente o poder para cumplir algo, partiendo prácticamente de la nada. La filosofía jurídica general, tratan en términos absolutos todas las acciones determinativas, equiparables a los actos de creación. Quien determina una conducta responde de ella como factor causal de primer orden. Determinar una situación dentro de lo particular o colectivo, es ejercer una actitud decisoria sentar principios, modificar rumbos, cambiar el contenido. Hasta tal extremo de convicción, que SPINOZA y HEGEL vieron en la determinación o acción de determinar una negación, pues cuando se determina un objeto, un sujeto o un propósito, quedan eliminadas todas las características que o pertenecen a él.”

<sup>841</sup>PEREZ, L. *Derecho penal*, op. cit., p. 54.

En términos generales, el Código Penal de 1980 incorporó las figuras de autor y determinador como autores. No incluyó *la autoría mediata* como forma de participación y tampoco incluyó la figura del *autor intelectual*, confundiéndose esta última con el determinador.

*El determinador* en los términos de esta normatividad sería la figura a imputar en tratándose de hechos imputados a los postulados de justicia y paz que cometieron hechos delictivos durante la vigencia de esta ley y no se podría en este contexto, dar a aplicación a la *autoría mediata* como en efecto se está haciendo, ya que la diferencia entre estas dos figuras radica en que en la *autoría mediata* el ejecutor es un instrumento de la conducta que no está en condiciones de decidir, sino que se encuentra bajo el dominio de la voluntad de otro o de otros; mientras que entre el *determinador* y el *ejecutor*, este último decide voluntariamente la realización de la conducta y la asume como propia; el problema que se presenta en justicia y paz, es cuando el ejecutor no actúa voluntariamente, no tiene conocimiento ni ha concertado previamente la ejecución del hecho.

Bajo la vigencia del nuevo Código Penal<sup>842</sup>,

*Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento [...] Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte, y son partícipes el determinador y el cómplice.*

Aquí también se contempla la figura del determinador como

*la persona que determine a otro a realizar la conducta antijurídica, el cómplice como aquel que contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma,.. y el interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización.*

---

<sup>842</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C. P. Col. ), que entra en vigor el 24 de julio de 2001, arts. 29 y 30.

## Ilustración 2.

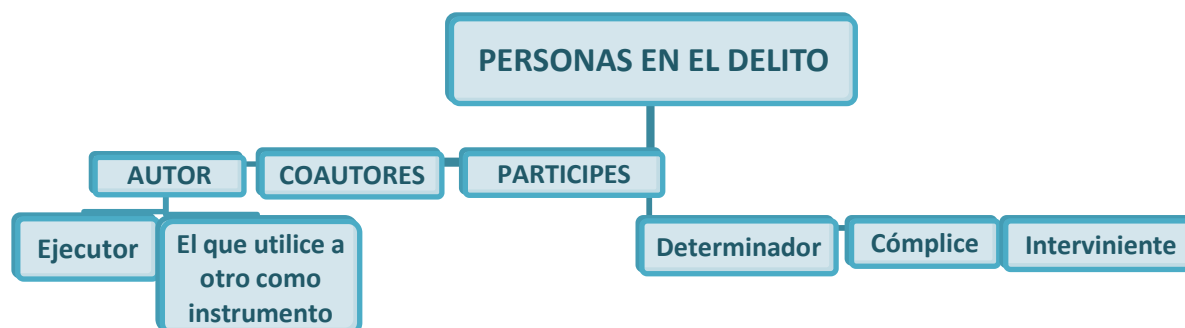


ILUSTRACIÓN 2: Categorías de autoría y participación, en la Ley 599 de 2000, tomada del artículo publicado en la revista Criterio Jurídico Garantista. Número 8. Enero – junio de 2013, página 86.

Según MIR PUIG, *autor*<sup>843</sup> es el sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de algunos de los hechos previstos como delitos en la parte especial y afirma que según la doctrina dominante dicha relación concurre cuando el sujeto realiza como propio algunos de los hechos mencionados. En este sentido, *autor* es el sujeto a quien se puede imputar un hecho delictivo como suyo.

WELZEL considera que es autor el *quien* de los tipos penales, es decir que los tipos penales son tipos de autoría, pues es autor quien los realiza. Esta teoría –afirma MIR PUIG–, solo incorporaría al autor de los tipos definidos en la parte especial pero no de la parte general que consisten en la participación de un sujeto como inductor o cooperador en el hecho del autor.

Considera que es *autor mediato* quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. Lo decisivo es la relación entre el autor mediato y la persona de quien se sirve. Si en principio el autor es el realizador material y la persona de atrás es solo partícipe, en la autoría mediata sucede lo contrario, es decir que se invierten los papeles entre el realizador material y la persona de atrás.

Esto significa que el papel fundamental, el que permite imputar a alguien el hecho como autor deja de tenerlo quien realiza la conducta para pasar a la persona de atrás. Esto sucede porque el realizador material obre sin libertad o conocimiento o porque la actuación del

---

<sup>843</sup> MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*, Ed. IBdeF, Buenos aires, 1984, 7ª ed. 2004, p. 365 ss.



realizador no pueda realizar el tipo. Puede ser que el instrumento actúe sin acción, sin antijuridicidad o sin que pueda afirmarse la imputación. En este caso el autor a pesar de realizar la conducta no respondería penalmente. El instrumento puede obrar por engaño, violencia o inidoneidad.

En relación con la *coautoría* plantea que son coautores los que realizan conjunta y de mutuo acuerdo un hecho. Son autores porque cometen el delito entre todos. Se reparten la realización del tipo de autoría. Opera el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones: todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a todos los demás, solo así se puede considerar a cada autor como autor de la totalidad. Para que esta imputación recíproca pueda tener lugar es preciso el mutuo acuerdo que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones.

La pertenencia del hecho no se da solo en quien realiza los actos ejecutivos – teoría objetivo formal – sino que también se atribuye al autor mediato que realiza el tipo mediante otra persona a la que no puede pertenecer el delito. Afirma el autor que cuando uno de los autores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás estén de acuerdo el exceso no puede imputarse a los demás.

En relación con la *participación*, plantea que en sentido amplio se incluye a todos los partícipes incluyendo a los autores, pero en sentido estricto se contrapone a la autoría. La participación entonces es la intervención en un hecho ajeno.

### 3.- Teoría del dominio del hecho.

ROXIN, contrario a lo propuesto por Jakobs quien plantea la teoría de la injerencia<sup>844</sup>, plantea la teoría del dominio del hecho desde tres aspectos: dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio del hecho funcional.

**El dominio de la acción**<sup>845</sup>: hace referencia a la persona que sin estar coaccionada y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor y en todos los casos tiene el dominio del hecho. No puede dominarse el

---

<sup>844</sup>JAKOBS, G. *Injerencia y Dominio del Hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 66 y 67. “La atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio [...] Que una persona deba responder de las consecuencias directas de sus conductas, no significa que todo lo causado directamente, se considere también una consecuencia imputable de comportamiento; por el contrario, la causación ha de producirse a través de un comportamiento permitido”.

<sup>845</sup>ROXIN, C. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, 7ª ed., p. 151.

hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo. En la determinación de la autoría por el hecho tal como aparece en forma de acción, el que ejecuta por completo, libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante. Allí reside el contenido de la teoría objetivo formal.

En la autoría mediata en relación con el estado de peligro o coacción en la realización de la conducta Roxin, considera a diferencia de Welzel que “*el agente domina el suceso, tanto si esta coaccionado como si no, en igual medida*” y pone como ejemplo el caso de un secuestro y el familiar es coaccionado a matar a otra persona a quien no puede negársele el pleno dominio del hecho puesto que la ejecución fue solo obra suya y que si hubiese decidido cometer el hecho por propia iniciativa, este no habría transcurrido en modo distinto.

Esta afirmación no se comparte, porque precisamente, si el factor de coacción no existiese no se hubiese producido el resultado y la voluntad para llevar a cabo el pleno dominio del hecho se encuentra afectada ya que como lo expone WELZEL el coaccionado actúa sin voluntad de realización propia.

Roxin plantea un problema en relación con la teoría de Welzel: Aduce que existe pleno dominio del hecho en cuanto que el autor actúa de la misma manera con coacción o sin ella, ya que desarrolla la conducta con dolo, pero que una cosa es el injusto en el cual pueden existir causas de exculpación y otra cosa el dominio total de hecho. Afirma que el ejecutor directo tiene el dominio del hecho, pero comete el delito sin culpabilidad. Es autor pero un autor inculpable.

“A la vista de todas estas circunstancias, habrá que considerar demostrado que también quien realiza el tipo de propia mano constreñido por coacción es autor en todo caso y posee el pleno dominio del hecho”<sup>846</sup>.

**El dominio de la voluntad**<sup>847</sup>. El dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho. Mientras que la *autoría por propia mano* se fundamenta en la acción típica; la *autoría mediata* trata casos en los que precisamente, falta la “acción” ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora.

---

<sup>846</sup>ROXIN, C. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, 7ª ed., p. 160.

<sup>847</sup>ROXIN, C. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal*, op. cit., p. 166 ss.

El dominio de la voluntad puede presentarse en distintos casos:

- El dominio del hecho en virtud del poder volitivo configurador del curso del hecho mediante la utilización de un agente no libre. El sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error, o sea que se encuentra en situación de superioridad en relación con quien obra.
- Cuando se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como con los menores.
- En los casos en que el sujeto de atrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso.

Estudiaremos este último caso para determinar si se aplica o no en los casos de autoría y participación tanto en el decreto Ley 100 de 1980 como en la Ley 599, que entro a regir el 25 de julio de 2001 la autoría mediata en virtud del dominio de la organización.

### **Dominio de la Voluntad a través de Aparatos Organizados de Poder.**

ROXIN<sup>848</sup> parte de un interrogante: *¿Cómo es posible fundamentar entonces la autoría mediata del que da las ordenes si no concurren coacción ni error?*

Su fundamento no estriba en la toma de posición anímica del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato en que se actúa. Es evidente que una autoridad superior domina la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Esto se debe a que el aparato está a disposición de sujeto de atrás. Una organización así, funciona *automáticamente*, sin que importe la persona individual del ejecutor y sin recurrir a métodos coactivos o engañosos, basta que dé la orden y esta se cumple. El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad reside en la fungibilidad del ejecutor. En este caso no falta ni la libertad, ni la responsabilidad del ejecutor que responde como autor de propia mano.

Considera que solo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro, sin intervenir directamente, únicamente en tres formas: “puede forzarse al agente; puede utilizarse como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva a para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado o engañado cambiabile a voluntad” (p. 272).

En este último caso, no falta la responsabilidad del ejecutor que es una figura sustituible y anónima que hace parte de un engranaje en la maquinaria de poder, lo cual es irrelevante para el dominio por parte del sujeto de atrás, pero lo impulsa al centro del acontecer.

---

<sup>848</sup>ROXIN, C. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal*, op. cit., p. 271.

Igualmente afirma que

*no es un punto de vista del todo convincente fundamentar la autoría en los delitos de masa pues el solo número de cooperadores no puede transformar a los partícipes en autores. Aquel que simplemente interviene aconsejando o proporcionando los medios, son por lo general cómplices.*

En este planteamiento es evidente que si está claramente identificable como autores mediatos por tener el dominio de la voluntad, aquellas personas que tiene poder de decisión, pero no es muy claro cuando a partir de allí todos los demás intervinientes se puedan catalogar como coautores.

MUÑOZ CONDE<sup>849</sup> considera que en el ámbito de la criminalidad estatal o paraestatal la autoría mediata de los dirigentes de las organizaciones es la mejor forma de imputar la responsabilidad principal que corresponde a los mismos.

### Ilustración 3.

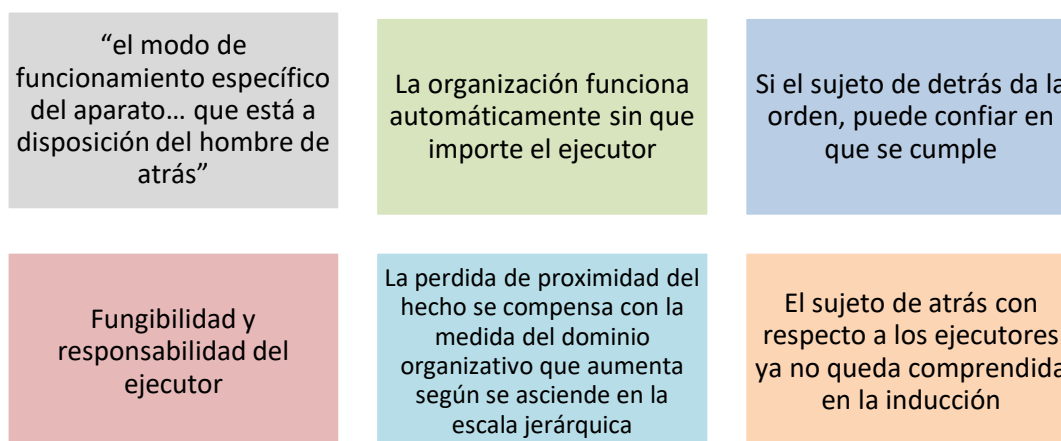


ILUSTRACIÓN 3. Autoría mediata, tomada del artículo publicado en la revista Criterio Jurídico Garantista. Número 8. Enero – junio de 2013, página 89.

**Dominio del hecho funcional<sup>850</sup>.** Cooperación en la fase ejecutiva y preparatoria. En la primera, la aportación al hecho en algunas ocasiones puede ser insignificante como entregar algo o aconsejar y no constituye autoría. El dominio completo reside en las manos de varios,

---

<sup>849</sup>MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN. *Derecho penal. Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, México D. F., 2012, p. 451.

<sup>850</sup>MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN. *Derecho penal. Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, México D. F., 2012, p. 305 ss.

de manera que estos solo pueden actuar conjuntamente, teniendo cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global. WELZEL dice que “cada uno es coautor de todo”.

*Es coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer.*

Requisito indispensable en la coautoría es el acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias, ya que los autores son interdependientes tienen que necesariamente estar de acuerdo, esto significa que si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido al resultado, sin estar de acuerdo con los demás, NO puede ser coautor. Le tiene que haber faltado el conocimiento de la relación mutua, requisito necesario para el ejercicio de la coautoría efectiva.

La autoría mediata no sirve para fundamentar coautoría. Un sujeto no puede ser castigado como coautor por circunstancias cualificantes que en el momento en que se suma al plan del hecho ya estaban realizadas.

En relación con el dominio del hecho funcional en la fase preparatoria, ROXIN plantea que “la coautoría y la autoría mediata han de separarse estrictamente entre sí [...] El dominio del hecho funcional y el dominio de la voluntad se basan en principios totalmente distintos<sup>851</sup>”, esto teniendo en cuenta que los partidarios de la teoría del dominio del hecho suelen invocar en el caso de cooperación en la fase preparatoria, la coautoría, la influencia volitiva del interviniente.

Las posturas de WELZEL y BOCKELMANN representan evoluciones ulteriores de la teoría del dolo estrictamente subjetiva según la cual la mínima participación en la preparación puede bastar para afirmar la autoría.

ROXIN afirma que “Solo negar la coautoría del que prepara se ajusta al concepto del dominio del hecho”. Esto debido a que la figura central del suceso de la acción debe ser alguien que haya tomado parte en la realización del hecho y no quien haya ayudado a crear las condiciones previas. Este último se ve desplazado a la periferia del suceso. Tampoco alguien que ha cooperado solo preparando puede dominar el curso del suceso. El jefe de la banda no puede

---

<sup>851</sup>MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN. *Derecho penal. Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, México D. F., 2012, p. 323 ss.

ser coautor sino autor mediato si cumple los requisitos del dominio de organización si hay dominio coactivo y puede ser coautor, solo cuando dirige o cubre la ejecución de los delitos.

La tendencia a castigar como autor al Jefe obedece a que se valora la actividad criminal integra del grupo como complejo cerrado, considerando al cabecilla como dirigente de esa realización unitaria. Tal consideración afirma Roxin es inadecuada. La actividad como cabecilla de una organización está ya marcada en conductas punibles concretas. Un tipo penal específico no puede mezclarse con la delimitación entre autoría y participación. Más bien, en el marco del Derecho penal del HECHO solo cabe enjuiciar la posición de cada individuo, entre varios intervinientes con arreglo a su papel en la realización el tipo. Así la figura del cabecilla puede desvanecerse sin alcanzar la medida de proximidad al dominio del hecho. Solo el que toma parte en la ejecución puede tener dominio del hecho como coautor.

En relación con la división del trabajo en la fase preparatoria, afirma que quien solo hace eso “deja el hecho de su mano” y es por esto que el dominio sobre la preparación no puede fundamentar dominio sobre el hecho. La idea de la división del trabajo acierta en la coautoría únicamente si se limita a la fase ejecutiva. Los Actos preparatorios no configuran dominio del hecho.

Un sujeto es autor: *Cuando tiene el dominio de la acción*: Si realiza la acción típica personalmente. *Cuando tiene el dominio de la voluntad*: Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad no es libre, o no conoce el sentido de objetivo de la acción de su comportamiento, o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada. *Cuando tiene el dominio del hecho funcional*. Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa.

La posición de la Corte Suprema de Justicia referente a la coautoría inicialmente ha considerado la división entre autores materiales e intelectuales, confundiendo al autor mediato con el autor intelectual:

**Coautores:** *Son aquellos autores materiales o intelectuales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible, ya sea porque cada uno ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad, idéntica conducta típica o porque realizan una misma y compleja operación delictiva con división del trabajo. Serán coautores quienes además de haber desempeñado funciones que por sí misma no configuran el delito han actuado como coparticipes de una empresa común de uno o varios hechos, que como tal pertenece como conjuntamente suya.* (CSJ 17618 del 24 de abril de 2003

En otras decisiones desarrollo el concepto de la coautoría es impropia; figura que, como tal, no ha sido desarrollada por la doctrina:

***Coautoría impropia:** Se caracteriza porque cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible, **no** ejecutan integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero si lo hacen prestando **contribución objetiva** a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene dominio funcional del hecho con división de trabajo cumpliendo acuerdo expreso o tácito, previo concurrente a la comisión del hecho sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto factico contenido en el tipo o que solo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común. (CSJ 20218 noviembre 26 de 2003)*

***Exigencias subjetivas y objetivas.** El aspecto **subjetivo** de la coautoría significa: 1.- Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno decidan su perpetración. 2.- Cada uno de los comprometidos, sienta q el hecho es suyo pero incluido dentro de una obra mayor. La persona debe sentir q cumple tareas en interdependencia funcional.*

*El aspecto **objetivo**: 1.- El codominio funcional de hecho entendido como tal, que varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno a otro u otros, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento especial. Conducta esencial. SIGNIFICA\_1) que sin ella es imposible cometer el delito; 2) que si una sola persona se opone, puede hacer fracasar o variar el plan en su desarrollo; y 3) que la intrusión de las personas, no debe ser casual, accidental o secundaria. 2) Aporte significativo durante la ejecución del hecho; es decir, prestación de algo transcendente para su comisión; servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva. (CSJ 18308 25 de marzo de 2004).*

*Para que una persona pueda ser considerada, **coautora** de un delito no solo se exige su voluntad, incondicional de realizarlo, sino su contribución objetiva, es decir la importancia de su aporte en la fase ejecutiva, pues esto es lo que en ultimas determina el **codominio** del hecho, entendido como hecho el proceso causal que con la conducta se pone en marcha. **Es autor** aquel que se encuentra en capacidad de continuar, detener o interrumpir, por su comportamiento la realización del tipo. Solo quien domina el hecho puede ser tenido como autor; en tanto que el **cómplice** simplemente presta una ayuda que no es de significativa importancia del hecho. (CSJ. Marzo 09 de 2006. 22327).*

Vemos sin embargo que en JyP muchos postulados no tuvieron el dominio del hecho, pero aun así, responden como coautores.

#### 4.- Aplicación en el proceso de justicia y paz.

Según estudio realizado con el auspicio de la FGN<sup>852</sup>, se emitió concepto presentado al Fiscal General de Colombia, en el cual se consideró que la responsabilidad general del

---

<sup>852</sup>AMBOS, K., et. al. *Imputación de Crímenes de los Subordinados a los dirigentes. Un Estudio Comparado.* 2ª ed. Rev. Ed. Temis, Bogotá, 2009. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25928.pdf>. pp. 184 y ss

dirigente de un grupo organizado al margen de la ley por actividad de sus subalternos, puede ser examinada bajo cuatro perspectivas: en primer lugar a partir de categorías tradicionales en materia de imputación en la que solo es autor quien realiza directamente la conducta punible; en segundo lugar, de la luz de la figura de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder; en tercer lugar la coautoría; y en cuarto lugar, desde una perspectiva nueva construcción que algunos han dado en llamar la figura del autor tras el autor.

Descarta la primera de estas cuatro categorías en virtud de que los nuevos contenidos axiológicos imponen la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico como un sistema acorde con los valores y principios del Derecho penal constitucional y el Derecho penal Internacional.

Rechaza así las teorías extensivas de autor que apoyan incluso una responsabilidad in *solidium* de todos y cada uno de los participantes en la conducta cualquiera sea su intervención.

*en todo caso, no es posible realizar elucubraciones categóricas en el sentido de brindar un criterio único para solucionar los casos en los cuales se presentan cadenas de mando en la comisión de conductas punibles. Por lo tanto el operador jurídico deberá verificar los requisitos que exija cada uno de los conceptos dogmáticos de autoría y participación en el caso concreto que se encuentre bajo su examen.*

La concepción de autoría mediata conlleva a una aplicación restrictiva de la teoría pues se puede apreciar que los autores mediatos actúan con frecuencia a través de aparatos organizados de poder que no tienen una construcción uniforme.

A la luz de la figura de **autoría mediata** mediante aparatos organizados de poder con instrumento fungible: afirma que si procede la autoría mediata en el artículo 23 de la Ley 80, pues “si bien es cierto que este artículo no define expresamente la calidad de autor mediato, de su lectura se puede inferir, como se demostró con la doctrina citada que hace una *interpretación extensiva* y acorde con la literatura internacional”.

Sobre la decisión de la sala de Casación Penal de la CSJ en el caso “Machuca” se dice en el informe que

*no compartimos la decisión por cuanto consideramos que la coautoría es una sola. Que la clasificación de coautoría propia o impropia es técnica y dogmáticamente incorrecta, porque so pretexto de responsabilizar a todos los participantes de una conducta delictiva para evitar la “impunidad”, se da aplicación a un concepto extensivo de autor sin que se presenten los verdaderos elementos objetivo y subjetivo de la coautoría. En contra de esta teoría también podemos argüir que – en casos como el de Machuca – no existe una decisión conjunta de realizar el hecho entre el*



*superior jerárquico y el inferior o ejecutor material [...] se basa en una estructura vertical extraña por completo al de la autoría* (Subrayado fuera de texto).

Compartimos parcialmente estos aspectos en cuanto a la necesidad de definir los requisitos de autoría o participación en cada caso concreto; compartimos el rechazo de las teorías extensivas de autor que apoyan incluso una responsabilidad in *solidum* ; pero no compartimos la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, ya que como lo expone el mismo autor, no está definido expresamente en el artículo 23, y contrario sensu a lo que plantea, no se puede inferir, una categoría de autoría, según una interpretación extensiva.

Para delimitar cuales son los criterios que se están aplicando en materia de autoría y participación en el marco de la LJP, es necesario aclarar primero que los hechos que están siendo confesados e imputados tuvieron ocurrencia tanto con la vigencia del decreto Ley 100 de 1980 como en el marco de la Ley 599 de 2000, la cual entro en vigencia el 24 de julio de 2001 por lo que comporta necesariamente el estudio de una y otra legislación, desde el contenido mismo del principio de legalidad en el ámbito del derecho internacional.

Por ejemplo, en la en la toma o incursión guerrillera realizada por las FARC el primero de abril y el 27 y 28 del mismo mes del año 2000 en Puerto Saldaña, Jurisdicción de Rio blanco, Departamento del Tolima, de la cual ya hemos hecho referencia, se realizó imputación ante el magistrado de Control de Garantías, contra 18 postulados a la LJP por 31 hechos acaecidos en dicha toma.

Luego de presentar la estructura y el frente dentro de la organización, la fiscalía hace la presentación de los postulados, indicando fecha de ingreso a la guerrilla, calidad en la que opero en la misma, lugar donde desarrollo actividades, orden jerárquico, alias, conformación de estructuras, entre muchos otros aspectos.

La fiscalía enuncia los actos realizados por cada uno de los guerrilleros, en los cuales algunos estuvieron presentes en la toma del 1 de abril de 2000 pero no en la llamada Retoma del 27 y 28 del mismo mes; uno de ellos participo en las decisiones del Comando Central en donde se dio la orden de realizar la toma; algunos hicieron reconocimiento del área; otros transportaron dinero y víveres para financiar la toma; otros estaban encargados de cubrir la compañía; otros realizaron proselitismo político; otros sirvieron de apoyo al grupo antiaéreo; había una guerrillera encargada de la enfermería; algunos estuvieron cerca del casco urbano; otros no estuvieron en el lugar de los hechos pero ayudaron a preparar los explosivos con antelación; alguno entrego munición al frente; otro llevo dinero al frente; otros hicieron un

retén; y solamente uno de ellos incursiono en el municipio y participó activamente en los homicidios. Algunos de ellos no tuvieron conocimiento que se hizo la toma. Por ejemplo los que enviaban víveres, municiones o dinero al frente.

La fiscalía afirma que hará uso de la “teoría de legalidad Flexible” y a pesar de que los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, se aplicará esta normatividad, esto es crímenes contra el DIH, Art. 135 Homicidio en persona protegida. Art. 142 Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Art. 154 Destrucción y apropiación de bienes protegidos. Art. 155 Destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario. Art. 156 Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto. Art. 159 Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. Art. 189 Violación de habitación ajena. Art. 265 Daño en bien ajeno. Art. 350 Incendio. Art. 343 Terrorismo agravado.

A pesar de las diferentes actividades, en diferentes tiempos, todas las imputaciones se realizan a título de *coautoría*, entendida esta como un acuerdo común, teniendo en cuenta la importancia del aporte; para lo cual la fiscalía parte de la existencia de una planeación (medios, personal, etc.), previa al hecho, es decir, a la toma de Puerto Saldaña, debido a que se trató de un solo hecho, realizado en dos fases (toma y retoma).

De acuerdo con lo visto hasta ahora, es importante tener en cuenta que el hecho que se aplique el código penal que entro en vigencia el 24 de julio de 2001, esto es, con posterioridad a la realización de estos hechos, afecta necesariamente el principio de legalidad, no solo en cuanto a la imputación jurídica de las conductas que no estaban vigentes al momento de la realización de la conducta; sino en cuanto a LA AUTORÍA.

Son varios aspectos importantes para tener en cuenta:

Primero, que a la luz del decreto Ley 100 de 1980, no procedería la coautoría, en tanto que como hemos visto, *coautor* es el que realiza el hecho asociado con otro u otros obrando con estos en forma directa y personal y el resultado pertenecer a todos y cada uno de ellos; o como afirma Roxin requisito indispensable en la coautoría es el acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias.

Segundo, “Artículo 23. Autores. El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción. No contempla la figura de la coautoría, ni establece los requisitos de acuerdo previo en la realización de la conducta.

Tercero; A pesar que no se contempló normativamente la figura de la coautoría, la doctrina y la jurisprudencia plantearon la “coautoría” como conducta realizada por una pluralidad de personas

Cuarto, en lo que hace referencia a la aplicación de la Ley 599 contempla la figura de la autoría en el inciso 2 del art 29: “Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”.

Aún en este escenario, de acuerdo con la forma en que ocurrieron los hechos y la intervención de cada postulado no se evidencia la calidad de coautoría; por el contrario, la mayoría de ellos sirvieron como instrumento y no hubo acuerdo previo. Como lo afirma Roxin si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido al resultado, sin estar de acuerdo con los demás, NO puede ser coautor. Le tiene que haber faltado el conocimiento de la relación mutua, requisito necesario para el ejercicio de la coautoría efectiva.

Por otra parte, mientras el artículo 29 de la Carta Política establezca que “*nadie podrá ser juzgado, sino conforme a las Leyes preexistentes al acto que se le impute...*” no podría aplicarse la coautoría ni en el decreto Ley 100 de 1980, ni tampoco en la Ley 599 por no estar vigente esta Ley cuando se realizó la toma y la retoma y adicionalmente, porque no se cumpliría con la categoría de coautoría. Básicamente, en el marco del Derecho penal del HECHO solo cabe enjuiciar la posición de cada individuo, entre varios intervinientes con arreglo a su papel en la realización del tipo.

Sea cual sea el escenario en el cual se impute la conducta punible a una persona, se debe realizar la imputación de manera independiente para cada uno de los que desplegaron la conducta punible, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que la realizaron, porque, hacer una imputación de manera general estaría en contraposición con uno de los principios del Estado Democrático como límite del *ius puniendi*, como es el principio de culpabilidad, en virtud del cual el agente responde por los actos que se le imputen a título personal.

Bajo este principio pueden imponerse varios límites al *Ius puniendi*, “exigir como presupuesto de la pena, que pueda ‘culpase’ a quien la sufra del hecho que la motiva”. Por esto es preciso que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos (principio de personalidad de las penas). Tampoco pueden castigarse formas de ser, personalidades, sino solo conductas, hechos (*principio de responsabilidad por el hecho*). NO basta que el hecho sea causado materialmente por el sujeto; es preciso que el hecho haya sido doloso culposo

(principio de dolo o culpa). Y que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor (principio de imputación personal). *Es necesario tener en cuenta que la autoría o participación se encuentra plenamente vinculada al concepto de culpabilidad para definir la modalidad de la misma, por lo que vale la pena recordar que para que exista participación, necesariamente se requiere que sea a título de culpa, dolo o preterintención.*

Con base en estos presupuestos, es claro que las figuras de autoría de esta Ley no cubren las diferentes modalidades de participación que se dan por parte de los integrantes de los grupos organizados al margen de la ley.

En relación con la autoría mediata, existe el mismo problema, debido a que los hechos se realizaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 599 y por lo tanto en el código penal de 1980 no se consideró tampoco la “autoría mediata”, en virtud del dominio del hecho de la voluntad.

Realizar una imputación a título de coautoría, sin que este contenido en la norma jurídica y además por no cumplirse los requisitos de la misma sería retroceder al Código penal de 1936 que en su artículo 385:

*En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor quedaran todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta parte a la mitad.*

Actualmente en la normatividad penal colombiana el injusto está previsto de manera individual y no colectiva dentro del marco de la macrocriminalidad, esto es, que el injusto de organización, si bien se está presentando en la práctica judicial, normativamente no están dadas las directrices para ello. Si bien es cierto, los crímenes contra los cuales se está juzgando en el proceso de JTr, son crímenes graves contra la humanidad y contra el DIH, esto no significa que en aras de lograr unos objetivos como los contemplados en la Ley 975 de 2005 y la Ley 1592 de 2012, se deba sacrificar al ordenamiento jurídico penal con la afectación de principios como el de legalidad, entre otros.

#### 4.- Algunas decisiones judiciales.

La Corte Suprema de Justicia ha aplicado el tema de la autoría desde diferentes categorías, generando mayor confusión en cuanto a su aplicación, especialmente en el contexto de *la LJP que la misma jurisprudencia no ha podido decantar.*

De acuerdo con esto surgen varias inquietudes:

Surgen interrogantes en la forma para determinar la autoría en organizaciones de poder en los procesos de JyP.

¿Todo aquel que hace parte de la organización responde en igual medida? Para dar respuesta a esta pregunta, hemos planteado que a nivel de la estructura teórica de la teoría del dominio del hecho, del dominio funcional y del dominio de la voluntad, unos responden como ejecutores, otros como dominantes de la situación y otros como participación conjunta con distribución de tareas. Lo cierto es que en el proceso de justicia y paz están respondiendo de manera colectiva por el hecho de pertenecer al grupo armado al margen de la ley y por el factor territorial determinado por la zona de influencia del grupo.

¿El dominio de la organización incluye a todos los mandos medios? Considero que solamente en la medida de sus propios actos, porque de lo contrario, sería consolidar, una vez más la teoría del Derecho penal de autor colectiva.

¿Hacer las diferencias de las modalidades de dominio del hecho, en que afecta la punición? Si se determina al ejecutor como autor con dominio del hecho y al que da la orden para que se ejecute, no afecta en nada el quantum punitivo. El problema radica en los demás grados de participación, como sucede en la LJP. Muchos postulados tienen otras categorías de intervención en el delito, pero a todos se les ha imputado autoría por propia mano, autoría mediata o coautoría.

Sin embargo, vemos como la Corte Suprema afirmo que

*Como bien lo sostuvo el A quo, el instituto de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue diseñada para lograr endilgar la responsabilidad de aquellos mandos altos que en un escenario de macrocriminalidad generado por una gran estructura para delinquir, resulta imposible demostrar su participación material conformada en tales hechos, especialmente por existir una serie de subalternos con diferentes rangos que los separan de los autores materiales del hecho. Para la Corte, la anterior consideración no se opone al postulado de la verdad, en la medida en que en muchas ocasiones, la práctica lo ha demostrado, esos ejecutores materiales son también procesados y se han encargado de relatar los delitos por ellos cometidos, destacando, en lo posible, las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores que los rodearon. Adicionalmente, se tiene el aporte de las víctimas, quienes han comparecido a rendir declaración y aportar pruebas, participando de esa forma en la construcción de la verdad.* (Sentencia Rad. N° 39472 07/11/2012)

De acuerdo con esta decisión, lo que se evidencia, es que como el Estado, a través de la Fiscalía General no logro probar la autoría material, se recurrió, a la figura de autoría mediata para endilgar responsabilidad, pero no porque se haya probado, sino porque no se logró adjudicarles autoría material. Es decir, se les imputo autoría mediata por exclusión.

En relación con la autoría y participación, el Tribunal Superior de Medellín Sala de JyP planteó que

*las “órdenes” deben entenderse de manera contextualizada en el marco de las particularidades del conflicto armado que se examina, pues aquellas aluden no al cumplimiento de un acto delictivo de manera concreta o individualizada, sino a políticas, derroteros, lineamientos, ideologías, etc. que conllevan a generar fenómenos de macrocriminalidad a todo nivel, inclusive, impredecibles por los comandantes máximos de la organización, empero se responsabiliza por los mismos porque confluyen a realizar la finalidad perseguida por el grupo en general y los máximos líderes del mismo en particular; encontrándose como una expresión de aquellos actos impredecibles, los injustos reprochables que si bien no obedecían a una política de la organización, permitirán el control de la población por el grupo y estaban encaminados a demostrar su hegemonía y poderío. (p. 225) (Subrayado fuera del texto)<sup>853</sup>.*

Afirma el Tribunal que, en tratándose de JTr, la Corte ha marcado los derroteros a seguir y ha considerado que

*[e]n materia de justicia transicional, para el caso colombiano, es viable la aplicación de la teoría de “la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder”, “autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable” o “autor detrás del autor”. Afirmó la Sala que el fenómeno de intervención plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, que mediante división de tareas realizan conductas punibles, debe comprenderse a través de la metáfora de la cadena: [...], es decir que los trasmiten el mandato de principio a fin se relacionan a manera de los eslabones de aquella.*

Según esta decisión de la Corte<sup>854</sup>, esta teoría de la “concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder, autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible pero responsable o autor tras el autor”, se adaptó al proceso de JyP por las siguientes razones:

Primero, para garantizar la prevención general, en la medida en que la sociedad reprocha más a los autores que a los partícipes, porque se desestimula a la delincuencia y el delincuente se vuelve visible ante la sociedad; segundo, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón del principio de proporcionalidad y de la retribución justa; tercero, porque se garantiza el derecho a la verdad en cuanto se conocen las cadenas de mando mediante las

---

<sup>853</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de febrero dos (2) de dos mil quince (2015), Magistrada Ponente: María Consuelo Rincón Jaramillo. Rad. 110016000253200680018 contra Ramiro Vanoy Murillo, alias “Cuco Vanoy”.

<sup>854</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de 2 de septiembre de 2009. Rad. 29221.

cuales opera una organización delictiva y; cuarto, porque se garantiza el derecho de no repetición, en la medida en que a los miembros rasos se les puede dar un principio de oportunidad condicionado al desmantelamiento del grupo.

Respecto a estas justificaciones esgrimidas por la Corte para sustentar la figura de *la concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder*, consideramos que las razones que se esgrimen configuran falacias argumentativa, en cuanto no es cierto que la aplicar la autoría por concurrencia de personas, tenga fines de prevención general; por el contrario, lo que se configura es un temor generalizado en virtud de la inseguridad jurídica que esto implica.

En relación con el argumento según el cual lo que se busca es la proporcionalidad y la retribución justa, realmente se configura una falacia a la luz de la naturaleza misma de la JTr, porque estos no son sus fines.

El conocer a los integrantes del grupo en sus diferentes posiciones jerárquicas, no significa que se garantice el principio de verdad y menos aun endilgando responsabilidad plural y concurrente.

Tampoco se cumple la garantía de no repetición aplicando la figura de la concurrencia y pluralidad, bajo la falacia argumentativa según la cual de que los miembros rasos brinden información para el desmantelamiento del grupo. Por el contrario, esto corresponde a la política de delación y a la tercera vía que hemos expuesto ampliamente.

Por lo anterior y como quiera que Colombia tuvo vigente un código penal de corte peligrosista desde 1936 hasta 1980, retomamos el artículo 385 de ese código sustentado en el Derecho penal de autor que rezaba:

*En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor quedaran todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta parte a la mitad.*

Paradójicamente, la Corte Suprema de Justicia<sup>855</sup> y por tratarse de miembros de la fuerza pública, , no aplica la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, al desestimar la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal de Bogotá, en el caso del Coronel (r) PLAZAS VEGA que lo declaró penalmente responsable, como autor mediato en aparatos organizados de poder, al considerar que fue quien transmitió la instrucción impartida

---

<sup>855</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.Sala de Casación penal. Radicado 38957 del 16 de diciembre de 2015.

por el General Arias Cabrales, de acuerdo con la cual debía eliminarse a los integrantes del M-19 que participaron en la toma del Palacio de Justicia o desaparecer a quienes lograran salir de allí. PLAZAS. A dicha conclusión llega después de hallar demostrada la desaparición de Irma Franco Pineda y del administrador de la cafetería Carlos Augusto Rodríguez Vera.

Según la Corte, en la sentencia de primera instancia,

*el Tribunal luego de hacer la exposición teórica de la autoría mediata en una estructura de poder organizada y precisar que el General Arias Cabrales impartió una instrucción, la cual fue transmitida por el acusado, señala que éste lideró al interior de la fuerza pública una organización ilegal paralela a ella, que dentro del palacio de justicia cometió homicidios y fuera de la edificación desaparición forzada.*

Para controvertir el fundamento de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal considera que

*esa conclusión es una conjetura carente de soporte probatorio, la cual da por establecida la autoría mediata, forma de participación que busca determinar cómo uno de los superiores al mando de la organización legal se vale de su jerarquía para ejecutar los delitos a través de un inferior fungible o intercambiable, esto por cuanto no hay ninguna evidencia indicativa con certeza de que el procesado haya transmitido, impartido o prohijado alguna instrucción encaminada a la desaparición de alguno de los integrantes del comando subversivo causante de los hechos o de quienes se afirma fueron sus colaboradores. 13.9 La estructura ilegal paralela a la Fuerza Pública que intervino en la operación militar de recuperación del palacio de justicia, es una presunción del Tribunal ajena a la realidad procesal, carece de sustento probatorio, su justificación teórica no encuentra respaldo en los medios de convicción ni tampoco en los desafueros y excesos de la fuerza pública, sorprendida por la acción subversiva. 13.10 En conclusión, no existe indicio que permita determinar que para la operación de recuperación del Palacio de Justicia, se haya conformado una organización ilegal paralela al Ejército de la cual hiciera parte el Coronel (r) PLAZAS VEGA, con el propósito de eliminar o desaparecer a miembros del M-19, en razón a la improvisación y la desorganización iniciales de la respuesta militar al sorpresivo asalto. 13.11 El que supuestamente algunos miembros de la institución citada, hubiesen obrado por fuera de los deberes que les imponía la Constitución y la Ley, ello no permite sostener que el Ejército era un aparato organizado de poder, orientado a vulnerar el orden jurídico como lo sostiene el Tribunal con la inaceptable tesis que sentó en el fallo. En conclusión, al acusado no puede imputársele responsabilidad bajo el supuesto de hacer parte de una Casación estructura organizada de poder, menos según se ha sugerido porque el ingreso al se hiciera por la entrada general de la Escuela de Caballería, de la cual era su comandante.*

El argumento de la Corte para desestimar la sentencia condenatoria de primera instancia en relación con la autoría mediata del coronel Plazas Vega, se fundamenta en que por ser integrante de una organización legal, no podía ser integrante de una organización ilegal y en ese sentido no se configurará la responsabilidad, aunque supuestamente algunos miembros de



la institución citada hubiesen obrado por fuera de los deberes que les impone la constitución y las Leyes, por lo que no se puede inferir que el ejército era un aparato de poder orientado a vulnerar el orden jurídico.

#### 4. ¿De la delación en la Ley de JyP a la verdad en la construcción de la paz?

*“...infortunadamente estoy convencido de que la política y la justicia no son hermanas, nacidas en una misma cuna, y de que en el campo de los llamados delitos contra la seguridad del Estado, tanto interna como externa, no existe el derecho penal filosófico...”<sup>856</sup>”.*

CARRARA.

Teniendo en cuenta que el 23 de septiembre de 2015 se suscribió el Acuerdo entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC EP, no podemos concluir este trabajo sin hacer un análisis del tema, por cuanto es la continuación de nuestro trabajo y se hace necesario un análisis sobre el cambio paradigmático entre la JTr que cobija la Ley 975 de 2005 y la JTr que aplicara en la llamada Jurisdicción Especial para la Paz, para lo cual abordaremos el tema en dos aspectos

*El primero*, referido al acuerdo realizado en la Habana el pasado 23 de Septiembre, en virtud del cual, por fin, se inicia el desarrollo de la JTr; no como una forma de desmovilización de los grupos armados al margen de la ley para su desmantelamiento, como se definió en la LJP; sino como lo que es: el tránsito de un estadio de guerra a un estadio de paz.

*El segundo* aspecto es resolver un interrogante: *¿La dogmática penal en la Justicia transicional o la Justicia transicional en la Dogmática penal?*, para lo cual abordaremos las diferentes propuestas teóricas que justifican y fundamentan la imposición de la pena como castigo; con el fin de mostrar una propuesta de justicia restaurativa y reparadora del Derecho penal, sobre la base de los principios de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición como fundamento del Derecho penal en el ámbito de la justicia ordinaria, a partir de los paradigmas propuestos en la JTr, entendida como la evolución de la guerra a la paz, pero no como una justicia excepcional o temporal; sino permanente a partir de la Dogmática penal.

---

<sup>856</sup> CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial*. Vol. IX., Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 525.

#### 4.1. Jurisdicción Especial para la Paz.

El 23 de septiembre de 2015 el comunicado conjunto No 60<sup>857</sup> sobre el Acuerdo para la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, suscrito en la Habana –Cuba entre el Gobierno de Colombia y las FARC - EP<sup>858</sup> se acordó la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz que incorpore los siguientes aspectos:

*“2. [...] una fórmula de Justicia que satisfaga los derechos de las víctimas y contribuya a la construcción de una paz estable y duradera. Con ese propósito estamos construyendo un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. En ese marco hemos acordado que se creará una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición y hemos logrado acuerdos importantes en materia de reparación de las víctimas”.*

Si bien las partes reafirmaron su compromiso con una fórmula de justicia que contribuya a la construcción de una paz estable y duradera, exige entenderla como una *justicia restaurativa* que se fundamente en la verdad para la construcción de la memoria histórica, la reparación, la reconciliación y la garantía de no repetición, con miras a garantizar los derechos del pueblo y en especial los de las víctimas.

*Formular una Justicia que satisfaga a las víctimas* es mantener el concepto actual de justicia retributiva en cuanto que, tal como lo hemos podido constatar en los capítulos anteriores, el gran fracaso de la LJP radica, precisamente, en la imposibilidad de superar este concepto, que *per se*, implica la *no-impunidad* y con ella, la exigencia de penas privativas de la libertad proporcionales a los crímenes cometidos.

Es así como, tanto la mentalidad de los operadores judiciales, como la de las víctimas y de la sociedad en general, no han permitido la ejecución de la pena alternativa que oscila entre 5 y 8 años, como se ha tratado a lo largo de este trabajo, por las siguientes razones:

*Primero*, porque desde su inicio NO se definió legislativamente desde cuando empezaban a contar los términos de la ejecución de la pena alternativa.

---

<sup>857</sup> Mesa De Conversaciones para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co>

<sup>858</sup> Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo – FARC-EP

*Segundo*, porque los operadores judiciales en su conjunto, incluyendo las altas Cortes han generado jurisprudencia de carácter restrictiva que incrementa día a día los requisitos para obtener la pena alternativa<sup>859</sup>.

*Tercero*, porque la satisfacción de las víctimas, no se logra ni siquiera con la pena ordinaria; por una sencilla razón: el Derecho penal ha incorporado en el ideario general que el concepto de justicia equivale a la no impunidad y esta a su vez a la *venganza*.

Sobre este concepto tácito se han legitimado penas desproporcionadas y se ha legitimado el Derecho penal máximo en nuestro ordenamiento jurídico, generando el llamado *punitivismo popular*, que no es otra cosa que más penas, más tipos penales, más restricción de derechos y menos libertad.

Por estas razones a mi modo de ver, no puede pensarse en una Ley de satisfacción, porque si este es uno de los componentes de la *fórmula de la justicia*, que se ha acordado y las víctimas no son satisfechas, esto va a afectar la imposición o no de la pena alternativa en el escenario de la nueva Jurisdicción. Entrar a valorar si una víctima quedo o no satisfecha, desde ya podemos anticipar que no se va a quedar satisfecha; porque no hay nada, y menos el Derecho penal que pueda satisfacer el sufrimiento de la víctima.

*“Sobre el derecho a la justicia, los Principios de Joinet de la ONU han resaltado que el derecho a un recurso justo y eficaz “Implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación. Como se subraya en el preámbulo de la estructura de principios, no existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia; el perdón, acto privado, supone, en tanto que factor de reconciliación, que la víctima conozca al autor de las violaciones cometidas contra ella y el opresor esté en condiciones de manifestar su arrepentimiento; en efecto, para que el perdón pueda ser concedido, es necesario que sea solicitado”.*<sup>860</sup>

Precisamente lo que indican estos principios en cuanto a la satisfacción de las víctimas va más dirigido a la verdad y al juzgamiento para buscarla, que a la imposición de las penas

---

<sup>859</sup> Por ejemplo la Sentencia C-015 de 2014 en la cual a pesar de que la Ley 1592 de 2012 y el Decreto 3011 de 2013 definen desde cuánto se contabilizan los términos para la sustitución de la medida de aseguramiento, tanto desde la desmovilización y la postulación; la Corte considera que es desde este último, es decir, la postulación, desconociendo el tiempo de privación de la libertad desde la desmovilización, teniendo en cuenta que primero se dio al desmovilización y en la mayoría de los casos, muchos años después se dio al postulación. Prácticamente amplió el periodo de privación de la libertad en muchos años más

<sup>860</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Colombiana. Sentencia C-579 de 2013

retributivas que la mayoría de las veces, a pesar de que se impongan, nunca se conoce la realidad de lo sucedido y las víctimas quedan con esa sensación de intranquilidad.

Sin embargo, la experiencia que ha quedado del proceso de Justicia y Paz es que gran parte de las víctimas no se sienten satisfechas con la pena alternativa y repito, ni con la pena ordinaria, ni con ninguna otra pena se podrán satisfacer. En este proceso se ha evidenciado lamentablemente la insistencia en penas “*más justas*”. Desarraigar este concepto de la Justicia retribucionista, no solo en las víctimas, sino en los mismos operadores judiciales, ha permitido que esta Ley se haya condicionado a exigencias mínimos para impedir la libertad.

La reforma a la LJP y la interpretación de las altas cortes en el sentido de incrementar requisitos y más requisitos para determinar, no la pena, sino la restricción de la libertad, ha generado como resultado que prácticamente todos los postulados que se desmovilizaron desde el inicio de la Ley se encuentren privados de la libertad.

En lo referente al denominado “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” es necesario aclarar que su principal finalidad debe ser la de *asegurar la convivencia pacífica* y la vigencia de un *orden justo*<sup>861</sup>, como fin esencial del Estado, tal como se establece en el Preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución<sup>862</sup>.

De ella, precisamente se deriva la obligación de replantear el concepto de justicia con miras a la construcción de una paz estable y duradera que incluye el respeto de los derechos del pueblo en general y de las víctimas en particular; pero no la satisfacción de estas puede ser el

---

<sup>861</sup>KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1949. 4ª reimp., 1988, p. 6. “Significa que ese orden regula la conducta de los hombres en una forma satisfactorio para todos, es decir, de tal modo que todo encuentren en él su felicidad. La aspiración a la justicia es el eterno anhelo humano de felicidad. El individuo aislado no puede, en cuanto tal, encontrar la felicidad, y por ello, la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social”.

“La felicidad que un orden social es capaz de asegurar puede ser únicamente, felicidad en sentido colectivo, esto es, la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autori

dad social, el legislador como dignas de ser satisfechas tales como la necesidad de alimentos, vestidos y habitación. Página 7

<sup>862</sup> Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo

fundamento de la fórmula de la justicia; por el contrario, *asegurar la convivencia pacífica* determina el respeto y los derechos de las víctimas.

En el numeral 3 del acuerdo 60 se dispuso que:

*“En cuanto al componente de justicia, hemos acordado crear una Jurisdicción Especial para la Paz, que contará con Salas de Justicia y con un Tribunal para la Paz. Las Salas y el Tribunal estarán integrados principalmente por magistrados colombianos, y contarán con una participación minoritaria de extranjeros que cumplan los más altos requisitos. La función esencial de las Salas y del Tribunal para la Paz es acabar con la impunidad, obtener verdad, contribuir a la reparación de las víctimas y juzgar e imponer sanciones a los responsables de los graves delitos cometidos durante el conflicto armado, particularmente los más graves y representativos, garantizando la no repetición”.*

Sea lo primero decir que, en cuanto *al componente de justicia* se acordó crear una Jurisdicción Especial para la Paz sin que se evidencie una re-conceptualización del concepto mismo de justicia retributiva, lo cual es necesario superar para asegurar realmente la convivencia pacífica. De lo contrario, como se dice en el argot popular, es solamente *un paño de agua tibia*.

Aparecen varias connotaciones sobre el tema de la justicia. La primera, la *satisfacción a las víctimas*; la segunda, *acabar con la impunidad*; la tercera, *obtener verdad*; la cuarta, *contribuir a la reparación de las víctimas*; la quinta, *juzgar e imponer sanciones* a los responsables y la sexta, todo lo anterior *garantizando la no repetición*.

A pesar de este mar de contradicciones, no se redefine el concepto de justicia. Si el fin de la justicia es satisfacer a las víctimas, juzgar e imponer sanciones y acabar la impunidad; estamos en el contexto tradicional de la retribución justa<sup>863</sup>, esto es, penas “ejemplares” y proporcionadas.

Si el fin es la verdad, la reparación y la no repetición, estamos hablando de re significar en todo su contenido el concepto tradicional de justicia, y llevarlo al ámbito, no sólo de la justicia de transición; sino de una justicia de reconciliación y de reparación en general. Esto implica necesariamente, implementar y desarrollar mecanismos de resolución de conflictos acordes con estos presupuestos y más allá de la reparación del daño, buscar la reconciliación del

---

<sup>863</sup> CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000 (C.P. Col. ). “Art. 4. La pena cumplirá las funciones de prevención general, *retribución justa*, prevención especial reinserción social y protección al condenado”.

infractor con la víctima y la sociedad que es lo que se pretende con la Jurisdicción Especializada para la Paz.

Desde nuestra perspectiva, el proceso penal es una forma de minimización del ser humano que le impide alcanzar cualquier forma de reconciliación y perdón desde el mismo momento en que “*a la solemnidad, por no decir la majestad de los hombres de toga, se contraponen el hombre en la jaula*”<sup>864</sup> y la del proceso de Justicia y Paz, no solamente no ha sido la excepción, sino por el contrario, es en donde más se ha evidenciado la vulneración de todas las garantías sustanciales y procesales.

Uno de los aspectos novedosos que emana del Acuerdo, es la creación de una Jurisdicción Especial para la Paz que deberá resolver en la práctica, la paradoja, por una parte de acabar con la impunidad, juzgar, sancionar a los responsables y satisfacer a las víctimas; y por la otra, obtener la verdad, la reparación y garantizar la no repetición.

Esta Jurisdicción estará compuesta por jueces tanto de Colombia como extranjeros. Se entiende *prima facie*, que esto se presenta porque no se cree en los jueces colombianos; lo cual tiene mucho fundamento y sobra evidencia del proceso de JyP, tal como se ha presentado en este trabajo, para suponer que esto sea cierto.

Por ejemplo hemos ilustrado suficientemente que el proceso de JyP se convirtió en un chantaje permanente para los postulados en el sentido que si no se aceptan las imputaciones y acusaciones en la forma como las presenta la fiscalía; la consecuencia, es que se le compulsan copias a la justicia ordinaria para que allí se le juzgue y por lo tanto el postulado se ve obligado a aceptar hechos en los cuales, no ha tenido conocimiento o no ha participado. Por esto en el análisis que hemos realizado afirmamos que *en el proceso de justicia y paz, todo se puede*. Y esto es así, por virtud, aparente de la pena alternativa, pues es mejor pagar 8 años que 60.

Este es uno de los aspectos que debe quedar muy claro en la nueva Jurisdicción. La verdad, no se puede condicionar a la pena alternativa, en el sentido que si no se acepta como la imputa y acusa la Fiscalía, entonces no se *hace merecedor a este beneficio*.

---

<sup>864</sup>CARNELUTTI, F, *Las Miserias del Proceso Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 2005, p. 11.

“Los sabios que continúan considerando la pena según una formula famosa, como un mal que hace sufrir al delincuente, por el mal que él ha hecho sufrir, ignoran u olvidan que Crist o ha dicho a propósito del demonio que no sirva para expulsar al demonio: no es con el mal con lo que se puede vencer al mal”.

En este punto debo aclarar que la pena alternativa no es un premio o un beneficio, como se ha presentado en la LJP, sino un acuerdo de terminación del conflicto no solo incorpora a los combatientes, sino que hace parte del fin primordial del Estado que es *asegurar la convivencia pacífica*. No es un regalo, es un mecanismo de resolución del conflicto armado.

El punto, a mi modo de ver, no radica en la creación de una Jurisdicción Especial integrada por jueces mixtos; sino en los instrumentos jurídicos que estos tengan para lograr la verdad, la reparación, la reconciliación y la no repetición; por encima de la no-impunidad, del juzgamiento, de la condena y de la satisfacción a las víctimas en el contexto ya comentado.

Mientras que la LJP se fundamenta en una política de *delación, traición y arrepentimiento* que ha desconocido los derechos y garantías sustanciales y procesales, con la llamada *flexibilización del principio de legalidad*, la relatividad de la cosa juzgada, la imposición de imprescriptibilidad de las penas, la imposición de tipos penales no existentes al momento de la ocurrencia de los hechos, la imposición de la detención preventiva como única medida de aseguramiento que supera la pena a imponer, la imputación de la coautoría como única forma de participación, entre muchas otras afectaciones a los derechos; la Jurisdicción Especial para la Paz, por lo menos en la forma como se planteado, *busca la construcción de una paz estable y duradera*.

Si esto es así, no se puede volver a incurrir en las mismas equivocaciones que frustraron los objetivos de la Ley 975 de verdad, justicia y reparación; las más importantes, en mi opinión: la falacia de la pena alternativa y el desconocimiento y vulneración de los derechos y garantías en “pro del principio de verdad” y su resonancia<sup>865</sup> en la justicia ordinaria.

En el numeral 4. Se dijo que:

*“El componente de justicia prevé que a la terminación de las hostilidades, de acuerdo con el DIH, el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible por los delitos políticos y conexos. Una Ley de amnistía precisará el alcance de la conexidad. En todo caso no serán objeto de amnistía o indulto las conductas tipificadas en la legislación nacional que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves como la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual. Estos delitos serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz”.*

---

<sup>865</sup>RAE. Gran divulgación o propagación que adquieren un hecho o las cualidades de una persona en alas de la fama. Tomado de: <http://www.rae.es>.



Como un instrumento real de JTr que no contempló la Ley 975, la amnistía para delitos políticos comporta la inclusión de los delitos conexos, ya que si bien la Jurisdicción Especial para la Paz, tal como se ha planteado, va dirigida *a todos los que de manera directa o indirecta hayan participado en el conflicto interno*, este mecanismo de transición cobija exclusivamente a los miembros de las FARC EP y los grupos insurgentes.

Recordemos que el delito político, tal como se dejó aclarado en el capítulo correspondiente, quedo consagrado de manera autónoma, ya que la conexidad de estos delitos fue declarada inconstitucional mediante Sentencia C 456 de 1997 y por lo mismo, se requiere la expedición de una ley que precise su alcance. La consecuencia, entonces que se deriva de la autonomía del delito político es que es eso, un delito más, pero sin la conexidad se pierde su propia esencia.

De acuerdo con esto, aquellas conductas de la legislación colombiana que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Igualmente, se hace aclaración que la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, como por ejemplo el secuestro o la detención arbitraria, serán objeto de juzgamiento de esta Jurisdicción. Lo mismo sucede con la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales realizadas por los agentes del Estado, y la violencia sexual.

En el numeral 5 se planteó que:

*“La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia respecto de todos los que de manera directa o indirecta hayan participado en el conflicto armado interno, incluyendo a las FARC EP y a los agentes del Estado, por los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto, en especial respecto de los casos más graves”.*

Del Acuerdo suscrito, se puede inferir que el delito político y los delitos conexos serán objeto de amnistía para las FARC-EP y se entendería que para los demás grupos insurgentes, los cuales deben incluir los delitos de secuestro y narcotráfico, entre muchos otros, ya que estos no se realizaron de manera autónoma, sino que fueron utilizados como medio para el logro de los fines del grupo.

La competencia, entonces, de la Jurisdicción Especial para la Paz – JEP-, se refiere a los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y otros de mayor gravedad, que hayan cometido todos los que manera directa o indirecta hayan participado en el conflicto armado interno. También se refiere a los demás delitos cometidos por quienes hayan participado directa o indirectamente en el conflicto pero que no tienen para ellos, el estatus de delitos políticos y conexos, pero solo sobre aquellos más graves y representativos.

El numeral 6 contempló varias formas de procedimientos:

*“La Jurisdicción Especial para la Paz contempla dos tipos de procedimientos: uno para quienes reconocen verdad y responsabilidad, y otro para quienes no lo hacen o lo hacen tardíamente. A los primeros se les impondrá una sentencia, fundada en las conductas reconocidas después de haber sido contrastadas las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, las sanciones impuestas por otros órganos del Estado, las sentencias judiciales existentes, así como la información que provean las organizaciones de víctimas y de DH. Los segundos enfrentarán un juicio contradictorio ante el Tribunal”.*

El numeral 7 contempló, en relación con esas formas de procedimiento las respectivas sanciones:

*“Las sanciones que imponga el Tribunal tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz y deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado. Para todos aquellos que reconozcan responsabilidades por los delitos competencia del Sistema, la sanción tendrá un componente de restricción de libertades y derechos que garantice el cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de las mismas mediante la realización de trabajos, obras y actividades y en general la satisfacción de los derechos de las víctimas. Las sanciones para quienes reconozcan delitos muy graves tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de 5 años y un máximo de 8 de restricción efectiva de la libertad, en condiciones especiales. Las personas que hagan dicho reconocimiento de manera tardía ante el Tribunal serán sancionadas con pena de prisión de 5 a 8 años, en condiciones ordinarias. Para tener derecho a la pena alternativa, se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad. Las personas que se nieguen a reconocer su responsabilidad por tales delitos y resulten culpables serán condenadas a pena de prisión hasta de 20 años, en condiciones ordinarias”.*

A diferencia del principio de verdad que se plantea en la LJP en cuanto que los postulados deben aceptar los cargos presentados por la Fiscalía, porque de no ser así serán juzgados por la justicia ordinaria, con todas las consecuencia que esto conlleva, en la Jurisdicción Especial para la Paz, se plantea, por una parte, un procedimiento y sanciones distintas para los que reconocen la verdad y responsabilidad; otro para quienes no lo hacen, y otro para quienes lo hacen tardíamente.

Para los que reconocen la responsabilidad por delitos de competencia del sistema – se entiende de los delitos de competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz -, se plantean tres escenarios:

A quienes reconocen responsabilidad por delitos de competencia del sistema, se les impondrá una sentencia cuya sanción tendrá un componente de restricción de libertades y derechos, mediante la realización de trabajos, obras y actividades para la satisfacción de los derechos de las víctimas.

A quienes reconocen responsabilidad por delitos graves, la pena oscila entre 5 y 8 años de restricción efectiva de la libertad en condiciones especiales.

A quienes reconozcan responsabilidad de manera tardía, independientemente de si se trata de delitos graves o no, se les impondrá la pena de privación de la libertad en condiciones ordinarias que oscila entre 5 y 8 años de prisión.

Para quienes no reconocen verdad y responsabilidad, enfrentaran un juicio contradictorio y si resultan culpables serán condenadas a pena de prisión hasta de 20 años en condiciones ordinarias.

Se indica en el numeral 8 del comunicado, que para acceder a cualquier tratamiento especial dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz, *es necesario aportar verdad plena, reparación a las víctimas y no repetición*. Aunque no se manifiesta expresamente, se entiende que esto no aplica para aquellos que no reconocen verdad y responsabilidad y se someten a un juicio contradictorio.

Este es el marco general de la Jurisdicción Especial para la Paz que se presentó el 23 de septiembre de 2015 en el comunicado 60 de la mesa de negociaciones de la Habana y según el gobierno nacional será sometido, junto con los demás aspectos del acuerdo a la voluntad popular.

A continuación haremos una referencia a los aspectos que han suscitado mayores dificultades en el ámbito sustancial y procesal de la LJP, toda vez que ya han sido objeto de un estudio juicioso a lo largo de este escrito. La finalidad de traer a colación estas dificultades es para plantear posibles alternativas a los problemas que han sido referenciados ampliamente.

#### 1.- El concepto de JTr.

Este concepto de JTr fue el que dio origen a la LJP y nos ha permitido concluir, después de abordar el tema de manera abundante en los capítulos que anteceden, que no constituyó realmente una Justicia de Transición de un estadio de guerra a la construcción de una paz duradera. Por el contrario, termino siendo una fórmula más de justicia premial en la cual la trilogía de *el arrepentimiento/delación/traición* a la que hace referencia Rivera Beiras<sup>866</sup>, ha sido la base de su desarrollo, porque como se evidencio en la exposición de motivos de la esta Ley, el objetivo final era el desmantelamiento de los grupos armados organizados al margen de la

---

<sup>866</sup> RIVERA BEIRAS. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, p. 118

ley. En este caso concreto de la guerrilla, debido a que si los grupos de paramilitares se desmovilizaban colectivamente, como en efecto sucedió, ya no era necesario su desmantelamiento.

Esto nos ayudó muchísimo para indagar sobre este tema como ya ha quedado presentado; pero especialmente para definir su verdadero alcance. Que realmente no diseñaba una política de paz, sino de obtener información importante de los postulados desmovilizados de manera individual para que el Estado tuviera los medios para combatirlos, a cambio de una pena alternativa que hasta el día de hoy no se le ha impuesto a ningún guerrillero desmovilizado. Ha sido una forma política de sustitución de la *tortura* por la expectativa de su reincorporación a la sociedad, a cambio de información.

Desde mi perspectiva, la esencia de la JTr, no de la justicia de delación contenida en la Ley 975, es permitir el cambio de un estado de conflicto, no solamente armado, sino de toda una política de Estado en aras de asegurar la convivencia pacífica como fin supremo del Estado como lo establece la Constitución Política.

Esto significa, *prima facie*, que debe servir de instrumento, no solo, para lograr una paz estable y duradera cuando existe un conflicto armado como el que ha sufrido Colombia en las últimas décadas, sino también, en situaciones de conflicto no armado como lo expondremos en la segunda parte de este capítulo.

Por ahora, considero que la JTr en la forma planteada en el acuerdo, puede realmente constituir un instrumento para el logro de la paz estable y duradera en el ámbito de la Jurisdicción Especial para la Paz. Para esto, es necesario redefinir conceptualmente algunos conceptos que han impedido su aplicación, tales como, *impunidad, hacer justicia, satisfacer a las víctimas, penas ejemplares, retribución, confesión*, entre otros. De lo contrario, cometeremos los mismos errores de la LJP.

Para ilustrar el tema del proceso de ‘JTr’ de la Ley 975 a la Jurisdicción Especial para la paz, en la exposición de motivos de la LJP se consideró que:

*“En otras palabras, no se trata simplemente de solucionar problemas jurídicos de los integrantes de esos grupos, o de definir el adecuado castigo por sus crímenes. No se trata tampoco de limitarse a proponer el reemplazo de una seguridad privada por una pública en zonas rurales, ni de un asunto que asegure la adecuada desmovilización de los reinsertados. Todo esto es fundamental, pero insuficiente para conseguir el desmonte efectivo de las organizaciones criminales que muestran el propósito de abandonar las armas. Para el logro efectivo de este último propósito, el proyecto incluye un generoso tratamiento penal –pues permite bajar de 40 a 8 años el tiempo de prisión*

*efectiva para una persona que ha ordenado los más graves crímenes– pero, al mismo tiempo, establece rigurosos mecanismos de reconstrucción de la verdad, penas principales y alternativas, así como medidas de reparación simbólica y material que tienden, entre otras cosas, a la devolución de los bienes de origen ilícito. Como habrá de verse, el proyecto incluye instrumentos que tienden al desmonte efectivo de estos grupos, mediante la entrega de valiosa información, la identificación de cuerpos y fosas comunes, la devolución de bienes arrebatados por la fuerza a los campesinos, la colaboración con la justicia y la aplicación de sanciones –de distinto tipo–. Estas y otras medidas parecen verdaderamente indispensables para desmontar efectivamente las estructuras criminales – e impedir que se legalicen y se conviertan en peligrosas fuerzas de seguridad o en estructuras mafiosas–, y para demostrar que los colombianos ya no estamos dispuestos a aceptar y perdonar, impunemente, los crímenes que se cometan en nuestra patria. Si esto no queda claro, de una vez y para siempre, entonces estos movimientos –de autodefensa o guerrilleros se reproducirán, unos grupos se desmovilizarán y otros aparecerán, unos jefes recibirán beneficios judiciales y otros tomarán su puesto”.*

El propósito primordial de la ley es *conseguir el desmonte efectivo de las organizaciones criminales que muestran el propósito de abandonar las armas*, por lo cual se da una rebaja significativa de pena y busca la entrega de información y la colaboración con la justicia.

En los resultados de la investigación realizada en el área de Derecho penal en la catedra de Interpretación Judicial, junto con el grupo de estudiantes que la integraron<sup>867</sup>, se concluyó en su momento, que esta Ley no es una normatividad para la búsqueda de la paz, sino una Ley de reducción de penas ordinarias por una pena alternativa, con la condición de desarrollar una política de delación y auto delación como condición para la obtención de esta rebaja, que no es otra cosa, que “el tratamiento penal de la figura del arrepentido, legalizando el tratamiento especial, benévolo y premial a la figura de los delatores/arrepentidos/colaboradores con la justicia, etc.”<sup>868</sup>; esto en razón de la política de delación para dismantelar estos grupos al margen de la ley. La JTr en aras de lograr el fin supremo de la paz, como lo refiere

---

<sup>867</sup> CUERVO CRIALES, et. al. “El Control Constitucional de la Ley de Justicia y Paz ¿Es Un Dis curso Racional?”. Criterio Jurídico Garantista. Año 3, núm. 6. Bogotá, enero-junio de 2012. ISSN: 2145-3381 FUAC, pp. 205-234.

<sup>868</sup> RIVERA BEIRAS. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005, p. 117

FERRAJOLI<sup>869</sup>, no puede constituir una política de delación y traición para el desmantelamiento de grupos al margen de la ley, porque de esta manera no es posible lograr esta finalidad.

En aras de avanzar hacia una verdadera justicia que permita la transición de un estadio de guerra a un estadio de paz, es importante superar la finalidad última de la LJP de delación para el desmantelamiento de los grupos al margen de la ley y abordar desde otra perspectiva los principios de verdad, justicia, reparación, garantía de no repetición a tono con la Jurisdicción Especial para la Paz, para lo cual ilustraremos brevemente algunas posturas sobre el contenido mismo de la paz.

En cuanto al *valor de la paz*, refiriéndose a la “Justicia Penal Transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, FERRAJOLI<sup>870</sup> se refiere a dos cuestiones: la primera, al tipo de justicia penal que es capaz de favorecer y aún, todavía, de hacer posible la pacificación, es decir, el cese del conflicto y la segunda, a las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera, es decir, el mantenimiento y consolidación de la pacificación nacional.

En relación con el tipo de justicia, en este caso la transicional, considera que las políticas necesarias para la consolidación de la paz tienen que partir de *“la idea básica de que la paz es el valor supremo, representando la premisa misma de la convivencia civil y por lo tanto de cualquier otro valor político”*.

Recordemos que a lo largo de esta investigación se han planteado las diferentes violaciones a las garantías penales y procesales dentro del ámbito de aplicación de la Ley de justicia y paz, por lo que es sumamente importante recoger esta experiencia para evitar que estas omisiones en el ejercicio de los derechos en la Jurisdicción Especial para la Paz, impidan la consolidación de la paz.

El artículo 22 de la Constitución Política de Colombia reza: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”. Es un derecho humano fundamental, es un derecho de la persona, afirma FERRAJOLI, y por ende el principal deber que el Estado tiene que alcanzar y

---

<sup>869</sup>FERRAJOLI, L. *La Justicia Penal Transicional para la Colombia del Posconflicto y las Garantías para la Paz Interna*. Ponencia presentada por el autor en la Universidad Nacional de Colombia el 18 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ.pdf>.

<sup>870</sup>FERRAJOLI, L. *La Justicia Penal Transicional para la Colombia del Posconflicto y las Garantías para la Paz Interna*. Ponencia presentada por el autor en la Universidad Nacional de Colombia el 18 de septiembre de 2015.

por ende de obligatorio cumplimiento, incluso contra la voluntad de la mayoría. Por esto sería impropio e inaceptable someter la paz, o sea la solución pacífica negociada de conflicto a cualquier tipo de consulta popular. Es un objetivo que debe ser alcanzado a cualquier precio, y el precio en Colombia se ha llamado *justicia transicional*.

Esta justicia sobre la paz como fin supremo dice FERRAJOLI, va dirigido al cese de la guerra interna y la pacificación que incorpore a las guerrillas, las organizaciones paramilitares, las neo paramilitares de grupos emergentes, y sectores del mismo ejército regular y no puede incorporarse a la justicia ordinaria, porque la violencia de los alzados en armas en un estado de guerra no puede ser valorada con el criterio del Derecho penal ordinario y porque una efectiva pacificación nacional no puede alcanzarse tratando a los combatientes como delincuentes solo porque son combatientes y castigando a los vencidos como criminales porque las acciones bélicas no pueden ser objeto del Derecho penal, excepto cuando desborden el derecho bélico humanitario.

Esta justicia no equivale para nada a la impunidad y se distingue de la ordinaria en su carácter no retributivo, no punitivo, sino reparador<sup>871</sup> y restaurativo. Requiere por tanto la reconciliación con fundamento en el “resarcimiento moral de las víctimas constituido por el reconocimiento público de todos los crímenes de guerra padecidos por ellos durante el conflicto armado”.

La segunda cuestión referida por FERRAJOLI, es a mi modo de ver, la más difícil de resolver: *las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera*. La importancia de este aspecto es crucial porque en la experiencia de 10 años de vigencia de la LJP, tal como se ha mostrado en los capítulos anteriores, el desconocimiento de los derechos y garantías sustanciales, se han desconocido, vulnerado y condicionado por virtud de la amenaza de exclusión del postulado del proceso de Justicia y Paz y por lo tanto de la pena alternativa.

En el artículo publicado en el año 2012<sup>872</sup>, se concluyó en su momento que:

---

la Colombia del Posconflicto y las Garantías para la Paz Interna”. Universidad Nacional de Colombia, 18 de septiembre de 2015.

<sup>871</sup> “Justicia de reparación, basada en el reconocimiento de valores morales y políticos no menores del de la Justicia Retributiva y el severo castigo de los culpables: la reconciliación nacional, la reparación de las injusticias y sobre todo, la reconstrucción de la verdad histórica que se logra dando la palabra a las víctimas, reconociendo públicamente sus sufrimientos y por lo tanto rehabilitándolas en su dignidad de personas”.

<sup>872</sup> CUERVO, CRIALES.B. et. al. *El Control Constitucional de la Ley de Justicia y Paz ¿Es Un Discurso Racional?*”. *Criterio Jurídico Garantista*, Bogotá, 2012, pp. 205-234.

1. *La LJP es un sofisma de distracción para dirimir el conflicto armado en Colombia; no es mediante la punibilidad en el ámbito del Derecho penal el instrumento y la solución para lograr la paz; no es mediante la política de delación y la aplicación soterrada del Derecho penal del enemigo, como se logra dirimir el conflicto armado. No es un secreto, no es una fórmula mágica, no es tabú, saber cómo se puede lograr el cese del conflicto.*

2. *Es mediante un cambio estructural a nivel cultural, político, económico y social; es mediante la implementación material del principio de solidaridad; es materializar ese postulado que consagra nuestra carta política en 1991 de la dignidad humana; es mediante el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre otros aspectos, con los cuales se pueden materializar los fines del Estado y la convivencia pacífica.*

3. *La LJP no es otra cosa que un paleativo a los grupos al margen de la ley para desarrollar una política de emergencia con políticas de delación y arrepentimiento para buscar una pena más baja, pero para nada resuelve el conflicto armado.*

4. *Se puede afirmar que la justicia no es un derecho fundamental de aplicación inmediata sino un derecho que está concebido con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados dentro del marco de un proceso de paz y de la aplicación de justicia transicional.*

En síntesis de lo ya expuesto, los aspectos de mayor relevancia que han impactado en la vulneración de estos derechos y garantías, que al continuar en la nueva Jurisdicción, impedirán asegurar una *paz duradera*, y que han sido expuestos, no solamente a lo largo de esta investigación, sino en otros escritos, y que es necesario replantear en el ámbito de la Jurisdicción Especial para la Paz, son:

#### 1.- La imparcialidad de los operadores judiciales.

La afirmación que he hecho sobre este tema, es que como la judicatura no ha podido asumir el cambio de la justicia retributiva a la imposición de la pena alternativa, ha realizado interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. La mentalidad de los operadores judiciales en la LJP ha sido determinante en el embotellamiento de los procesos que se adelantan, por cuanto aplican subjetivamente la Ley pues consideran que la pena alternativa, por no cumplir los estándares de justicia en el sentido de retribución, han impedido la aplicación de la pena alternativa restringiendo la libertad de los postulados e imponiendo cada día mayores exigencias para su cumplimiento. Esta conclusión surge porque no hay una explicación jurídica razonable que ilustre la restricción de la libertad de manera tan radical, desconociendo los tratados internacionales sobre el término razonable, la presunción de inocencia, la medida de aseguramiento de detención preventiva como única medida de aseguramiento.



Existe una amplia información sobre el principio de imparcialidad tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, por lo que es necesario dar aplicación a este principio, iniciando por el proceso de selección de los Jueces para la Jurisdicción Especial para la Paz. Considero que es necesario que no estén condicionados por la cultura de imposición de las penas retributivas, porque esto impediría el avance del proceso. De hecho una alternativa podría ser seleccionar personas idóneas que no hayan estado inmersos en la administración de justicia pero que registren experiencia y conocimientos suficientes que permitan sacar adelante este proceso.

## 2.- La pena alternativa.

La pena alternativa, el gran problema de la JTr que se convirtió en una falacia de la LJP, al evitar por todos los medios, su acceso, en la medida en que cada vez que se solicita se ponen más trabas para otorgar la libertad a pesar de privarse de la libertad a los postulados por el tiempo de la pena alternativa.

Lo primero que se debe definir en tratándose de la pena alternativa es establecer de manera clara desde que momento se empieza a contar; si mientras se adelanta el proceso se va a imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario o no; y en caso afirmativo, si ese tiempo se cuenta como parte de la pena; si a las personas que se encuentran privadas de la libertad como consecuencia de la LJP se les admite ese tiempo de privación de la libertad como parte de la pena cumplida y aun los que no estando en justicia y paz, pero que estén privados de la libertad por virtud del conflicto y que ya han cumplido ese plazo, podrán obtener la libertad.

La pena alternativa no es un beneficio, tampoco es un premio, es un mecanismo que permite la consolidación de un proceso de paz. Si se sigue pensando que es un premio, como sucede en la Ley de justicia y paz, significa que por un premio se debe colaborar para el desmantelamiento del grupo.

En el ámbito de la Jurisdicción Especial para la paz, no podría tener esa finalidad, ya que lo que aquí se busca es la verdad plena y eso es, que sea diáfana, sin ningún tipo de condicionamiento como una forma de lograr la memoria histórica, restaurar la verdad para las víctimas y promover la paz duradera.

En cuanto a las penas, considera FERRAJOLI<sup>873</sup> que pueden ser leves e incluso simbólicas. Pueden ser de detención domiciliaria, destitución del cargo en caso de servidores públicos, la prohibición de estar en un determinado sitio. Plantea mecanismos alternos a las pena de prisión intramural. Lo importante, para que no haya impunidad es la condena pública y si se comprueba la verdad, se sumara a la historia.

### 3.- El cumplimiento del Acuerdo.

La primera decisión de carácter administrativo después de implementada la LJP y previa postulación de los desmovilizados de manera colectiva, fue la extradición<sup>874</sup> de los dirigentes

---

<sup>873</sup> FERRAJOLI, L. *La Justicia Penal Transicional para la Colombia del Posconflicto y las Garantías para la Paz Interna*. Ponencia presentada por el autor en la Universidad Nacional de Colombia el 18 de septiembre de 2015.

<sup>874</sup> Revista SEMANA. Extradición masiva de paramilitares. 13 de Mayo de 2008. Anoche, el gobierno decidió extraditar sorpresivamente a los principales jefes desmovilizados de las autodefensas. En total son 14, que se encontraban en distintas cárceles del país como desmovilizados del proceso de JyP: Salvatore Mancuso, Francisco Javier Zuluaga alias Gordolindo, Diego Fernando Murillo Bejarano alias Don Berna, Rodrigo Tovar Pupo alias Jorge 40, Hernán Giraldo Serna, Nodier Giraldo Giraldo, Eduardo Enrique Vengoechea, Ramiro Vanoy alias Cuco, Guillermo Pérez Álzate alias Pablo Sevillano, Juan Carlos Sierra Ramírez alias el Tuso, Martín Peñaranda Osorio, Edwin Mauricio Gómez Luna alias El Mello, y Diego Alberto Luis Arroyave. A último momento el Ministro del Interior, Carlos Holguín Sardi, dijo que también sería incluido en este operativo Manuel Enrique Torregrosa, alias Chang, quien iba a ser extraditado el jueves.

El operativo, al parecer, comenzó a las 12 de la noche. Los jefes desmovilizados empezaron a ser trasladados desde Barranquilla, Itagüí y la cárcel de la Picota, en Bogotá hasta el aeropuerto militar de Catam en la capital del país. Allí estaban esperándolos hombres de la DEA para llevarlos a Washington, Houston, Miami y Nueva York, distritos donde los jefes paramilitares enfrentan cargos por narcotráfico.

El gobierno aún no ha hecho un pronunciamiento oficial sobre la decisión de extraditar súbitamente y de forma masiva a estos hombres. Sin embargo, desde hace varios días se esperaba la decisión del gobierno para extraditar a “Don Berna”, bajo el argumento de que este había continuado delinquiendo.

Los abogados de algunos de los jefes paramilitares dijeron que sus clientes desconocían que iban a ser extraditados, y argumentan que muchos de ellos habían manifestado recientemente que querían continuar dentro del proceso de JyP. Algunos abogados afirmaron esta mañana que el gobierno busca salirse por la tangente con esta medida, justo cuando los desmovilizados jefes como Don Berna, habían empezado a confesar crímenes que implicaban la colaboración y participación del ejército en varios crímenes, como el de la masacre de San José de Apartadó. Otro de los abogados afirmó que era una estrategia del gobierno para contrarrestar el accionar de la Corte en el proceso de la parapolítica.

El traslado de los jefes paramilitares puede ser una forma de evitar los problemas de seguridad en las cárceles donde se encontraban reclusos y su injerencia en el rearme de nuevos grupos armados en distintas regiones del país. Pero su extradición también puede ser una obstrucción al proceso de verdad, justicia y reparación con las víctimas, que se convirtió en tema de un álgido debate desde que se conoció la decisión de extraditar a Carlos Mario Jiménez, alias Macaco. A pesar de que se tiene previsto que los jefes paras continúen sus versiones libres vía satélite desde Estados Unidos, su extradición es por delitos de narcotráfico, y no por los crímenes que cometieron como paramilitares y por los cuales deben reparar a las víctimas..

de los grupos de autodefensas a los Estados Unidos. Esto constituyó el primer incumplimiento por parte del Estado Colombiano a los postulados a la ley.

Es necesario buscar un mecanismo con ayuda de la comunidad internacional para que este tipo de incumplimiento por parte del gobierno de turno, no se vuelva a repetir. Por lo que considero que la posibilidad de un Acuerdo de carácter internacional, no solo para la firma de la paz, sino para la implementación y efectivo cumplimiento de lo acordado es necesario, incluyendo los detalles mínimos para la implementación de la Jurisdicción, que si bien se hará mediante una Ley estatutaria, esta puede llegar a ser inocua, si se realizan interpretaciones restrictivas sobre la misma, como ha sucedido en JyP.

#### 4.- La garantía de los derechos sustanciales y procesales.

La Jurisdicción Especial para la Paz tiene una misión primordial se la cual careció la LJP: garantizar los derechos de todas las personas: esto es, de las víctimas, de los desmovilizados y de la sociedad en general para el logro de una paz duradera.

La mayor vulneración de los derechos y garantías procesales en el ámbito de la LJP, que creó un discurso a nivel de todos los estamentos del Estado en el sentido que si de todas maneras a los postulados se le va a aplicar la pena alternativa, para que se les garantiza los derechos. O como afirmara un Fiscal en una de las audiencias: “es mejor pecar por exceso que por defecto”.

Esta política se ha visto avalada por las altas Cortes cuanto se ilustra por ejemplo la la “flexibilización” de los derechos y garantías sustanciales y procesales en el proceso de justicia y paz que han sido ampliamente expuestas o la interpretación restrictiva de los mismos como en la sentencia 33039 de 2010 de la Corte Suprema de Justicia, o cuando por restringir el derecho de la libertad se invierten las categorías de desmovilización y postulación como en el caso de la sentencia C-015 de 2014 de la Corte Constitucional, a la cual ya se ha hecho referencia.

Ejercer el derecho de defensa bajo estas condiciones, hace que el defensor se sienta impotente en la realización de su papel, porque, a pesar de la sobre calificación jurídica de los hechos o su adecuación errónea; a pesar de la imputación de crímenes contenidos en normas que no estaban vigentes al momento de la realización de las conductas; a pesar de la renuncia a la prescripción como se exigió en varias oportunidades; a pesar de la adición de conductas nuevas a sentencias condenatorias ya ejecutoriadas; a pesar de la negación del principio de

favorabilidad; a pesar de la imputación a título de autoría de todos los participantes sin ninguna distinción; los postulados aceptaron muchos cargos de los cuales no tenían conocimiento o no participaron en ellos, o fueron realizados por subalternos sin ninguna orden, debido a la amenaza permanente con la exclusión del proceso de JyP o la compulsa de copias a la justicia ordinaria si no se aceptaba la calificación jurídica realizada por la Fiscalía.

La contradicción del contenido mismo del derecho de defensa en esa Jurisdicción significó dar un vuelco total al rol de la defensa, escuchando que la misma, paradójicamente, solicitaba la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. Esto se presentó, precisamente, por la inversión de los derechos y garantías sustanciales y procesales en cuenta antes de la expedición de la Ley 1592 de 2012, que reformó la Ley 975 de 2005, la Corte Suprema en varias providencias consideró que los 8 años empezaban a contar desde la imposición de dicha medida.

Esto hizo que los abogados de los postulados solicitaran urgentemente que se impusiera esta para que el tiempo que correspondería a la pena alternativa, aún durante el proceso, se tuviera en cuenta como parte de la pena. Posteriormente, el problema surge cuando se empiezan a vencer los términos de privación de libertad después de la postulación y se solicita la sustitución de la medida, con el agravante de que no procede porque a muchos de los postulados no se les había impuesto porque la fiscalía no la había solicitado: lo que trajo como consecuencia que se negaran las sustituciones o revocatorias con base en esta formalidad a pesar de que muchos postulados habían colaborado, rendido versiones, y estaban cumpliendo con todos los requisitos que exigía la Ley, pero que por negligencia del Estado habían cumplido la pena privativa de la libertad.

Finalmente con la Ley 1592 de 2012 y el decreto 3011 de 2013 ya mencionados ampliamente se definen varias hipótesis para conceder la libertad, incluso desde la desmovilización, pero la interpretación restrictiva de la Corte Constitucional impidió que esto se lograra e impuso que el término que se exigía para la sustitución de la medida de detención preventiva que era, entre otras cosas, la máxima de 8 años no se contabilizara desde las desmovilización, sino de la postulación como ya se ha indicado y en ese sentido muchos desmovilizados que fueron postulados varios años después, perdieron la posibilidad de esa sustitución de medida por otra no privativa de la libertad.

En la nueva Jurisdicción debe estar dirigida a la búsqueda de la verdad plena con miras a la reconstrucción de la memoria histórica y esto solo se puede lograr si se garantizan los derechos de todas las personas en los distintos roles.

#### 5.- El principio de verdad

El condicionamiento de la verdad a las imputaciones y acusaciones realizadas por el ente acusador, configuró la relativización del principio de verdad y la limitación a la construcción de la memoria histórica: ya que como se explicó, de no aceptarse, se corría el riesgo de la exclusión o la apertura de otros procesos en la Justicia Ordinaria.

La Jurisdicción Especial para la Paz, debe dirigirse a la búsqueda de la verdad, sin ningún tipo de condicionamientos en materia procesal y debe cobijar a todos los que de manera directa o indirecta cometieron crímenes de gravedad: porque se lo contrario, tal como sucedió en la LJP, se corre el riesgo de perder la memoria histórica y de reparar a las víctimas.

Este principio a mi modo de ver, constituye la columna vertebral del marco jurídico para la paz y de la Jurisdicción Especial para la Paz que acaba de iniciar. Debe ser cuidadosamente planteado para que se logre una paz duradera. Para lograr esto, es necesario que todas las partes involucradas en la comisión de crímenes voluntariamente deseen decir la verdad.

En este sentido, me parece muy interesante que se haya planteado la posibilidad para aquellos que quieran ir a un juicio, oral, público y contradictorio y se defina la verdad de lo sucedido en ese escenario. Sin embargo, en este caso se plantea que la pena a imponer será hasta de 20 años. Considero en este aspecto que por principio de verdad, esta opción de ir a juicio debería considerar igualmente una pena máxima de 8 años, porque de lo contrario puede condicionar el principio de verdad, como sucedido en los procesos de justicia y paz. Esta sería una forma plena de construir verdaderamente la memoria histórica de este país y corregir los errores que se han cometido.

#### 6.- Los crímenes de mayor gravedad.

Esta es una situación muy compleja que deviene de la misma normatividad penal vigente, en cuanto que el código penal colombiano, si bien, consagra los tipos penales de genocidio y crímenes contra el DIH, no define los crímenes de lesa humanidad y en consecuencia, a la luz de principio de legalidad no podrían ser imputados.

El proceso de JyP permitió vislumbrar esta situación y para resolver el asunto se imputo a los postulados crímenes contra el DIH, todos ellos sin que muchos cumplieran con los

elementos normativos de los mismos, precisamente, por las circunstancias en que sucedieron los hechos.

La Ley 975 cobija a los miembros desmovilizados de los grupos armados organizados al margen ley y que hayan cometido delitos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo. Esto generó tácitamente que cualquier grupo armado organizado al margen de la ley, adquiriera el carácter de combatientes y en ese sentido, se les imputaron crímenes contra el DIH, de los cuales la gran mayoría, también se imputaron con posterioridad a los hechos cometidos, ya que tanto el genocidio como los crímenes contra el DIH nacieron jurídicamente el 25 de julio de 2001, fecha de entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000.

De esta manera, en algunos casos en los que se cometieron crímenes de lesa humanidad han sido imputados contra el DIH y la calificación jurídica que se haga de los hechos es necesario que haga con claridad en especial para cumplir con el principio de verdad.

Aquí hay situación jurídica que es necesario tener en cuenta en la implementación de la Ley Estatutaria que se va a expedir: el relacionado con los crímenes de lesa humanidad y la vigencia de las leyes en el tiempo.

De acuerdo con el comunicado referido, se entiende que no solo los combatientes, sino otros autores de crímenes van a ser cobijados por la Jurisdicción Especial para la Paz. En este sentido es importante delimitar que clase de crímenes se van a imputar.

A mi entender, debe prevalecer el principio de legalidad que permite la seguridad jurídica dentro del proceso. Es así, como no podrían imputarse para que sean aceptados crímenes de lesa humanidad en sentido eminentemente normativo. No obstante, si alguna conducta delictiva se enmarca en este contexto, puede hacerse alusión a los mismos de manera simbólica, sin que esto afecte la calificación jurídica existente al momento de la comisión de las conductas y considero que sería un gran aporte al principio de verdad.

Pero como estos tipos penales de *crímenes de lesa humanidad* no están tipificados en el código penal colombiano, es necesario, que así sea solo, de manera simbólica, cumplan los estándares del artículo 7 del Estatuto de Roma “cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicha causa”.

En relación con el crimen de *genocidio*, si bien por principio de legalidad no pueden ser imputados, por hechos ocurridos antes de la entrada en vigencia en el código penal, es importante que se conozca la verdad sobre el mismo, atendiendo igualmente que hayan sido

perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, como lo estipula el Estatuto de Roma – artículo 6 – y también contra un grupo político de acuerdo con el artículo 101 del código penal colombiano.

Sobre los crímenes contra el DIH sucede lo mismo, es necesario conocer la verdad y hacer manifestación simbólica, por principio de verdad, de la realización de estas conductas y tipificar los delitos descritos en el decreto Ley 100 de 1980 que puedan corresponder.

En términos generales, tenemos que si bien el conflicto armado en Colombia lleva más de cinco décadas, según la legislación colombiana, los hechos cometidos fuera de combate que constituyan crímenes contra el DIH solo pueden ser imputados en esa categoría desde el 25 de julio de 2001, al igual que el crimen de genocidio. Los crímenes de lesa humanidad no pueden ser imputados en esa categoría, sino como conductas delictivas comunes de acuerdo con la legislación vigente.

Esto no obsta, para que si se cumplen los requisitos propios de cada uno de estos crímenes, no se puedan aceptar simbólicamente, ya que de eso se trata el principio de verdad que es el fundamento de esta Jurisdicción Especial.

#### 7.- Los actores y autores del conflicto armado.

Hemos afirmado que todos los actores del conflicto no fueron cobijados en su integridad por la LJP, sino que solamente los insurgentes que se desmovilizaron de manera individual y los integrantes de los grupos paramilitares que se desmovilizaron colectivamente, dejando por fuera de esta ley a los agentes del Estado, a los dirigentes de los grupos económicos que ayudaron a financiar a los grupos de autodefensas y a la clase política que participo conjuntamente de manera directa o indirecta en las masacres, el desplazamiento de la población y en la realización de conductas graves para la obtención de beneficios económicos, en especial por la tierra y los recursos naturales.

Hacemos distinción entre actores y autores, porque entendemos que los actos propios de la guerra realizados entre los grupos insurgentes y las fuerzas militares del Estado, por ser actos propios de la guerra, no son susceptibles de ser criminalizados.

El problema radica en distinguir los actos del combate de aquellos que no lo son y en establecer claramente cuales actos son crímenes de guerra. En este sentido, es necesario distinguir los actores del conflicto que tienen confrontación bélica, de los determinadores de los crímenes cometidos por fuera de combate. Es en este punto donde hacemos la distinción

entre actores y autores. Estos últimos son los que han participado en los crímenes cometidos, especialmente, como autores mediatos y que es necesario que respondan en el marco jurídico de la nueva Jurisdicción.

Este es uno de los aspectos más difíciles de cumplir, ya que de acuerdo con el comunicado No 61 de la mesa de negociación de La Habana<sup>875</sup>. Las delegaciones del Gobierno Nacional y las FARC-EP se permiten informar a la opinión pública que: “1. En el día de hoy tuvo lugar una reunión de las delegaciones de las partes en presencia de Cuba y Noruega, países garantes, con el objetivo de buscar solución a diferencias recientes sobre la interpretación de algunos aspectos de la Jurisdicción Especial de Paz y sus desarrollos”.

Uno de los aspectos a los que hacen referencia en estas dificultades es la aplicación de esta Jurisdicción a los agentes del Estado, ya que se ha indicado que ese tema no está muy claramente definido, a pesar de haberse firmado en el acuerdo la Jurisdicción Especial para la Paz, “tendrá competencia respecto de todos los que de manera directa o indirecta hayan participado en el conflicto interno”.

En su ponencia, FERRAJOLI, plantea que:

*“Lo que cuenta para conciliar la paz y la justicia es la comprobación pública a partir de los procesos, no tanto de las acciones de guerra inter arma, no susceptibles del juicio penal, sino solo del juicio histórico, de los crímenes de guerra cometidos por todos los actores del conflicto: no solo de parte de guerrilleros y paramilitares, sino de los exponentes del ejército regular que se hayan manchado de violencias, masacres y torturas en perjuicio de la población civil. Los crímenes de estos últimos son efecto, todavía más graves, que aquellos cometidos por los guerrilleros, habiendo sido cometidos por miembros de las fuerzas armadas en clamorosa violación del Derecho penal del mismo Estado del que ellos son oficiales públicos.”*

#### 8.- La política de priorización, macrocriminalidad y enfoque diferencial.

La política de priorización y el enfoque diferencial como lo hemos advertido, es un tributo a la inoperancia e ineficacia de la FGN, porque no ha sido un secreto para nadie que las investigaciones adelantadas por el mismo ente acusador eran terminadas o por resoluciones inhibitorias o preclusiones, especialmente en los Municipios, a pesar de que se tenía conocimiento de los autores de los mismos. Ya sea por temor, por colaboración o incluso, por la infiltración de los mismos grupos de autodefensas, lo cierto es que, en este caso, el índice



de impunidad, si se hizo evidente. Ilustramos esta afirmación con dos casos ejemplos que ilustran esta práctica:

En audiencia de imputación de cargos, la Fiscalía, refiriéndose a los hechos que son objeto de imputación refiere que:

*“El 06 de noviembre de 2001 en un potrero de la vereda Portillo del Municipio de Fresno – Tolima, se practicó diligencia de exhumación en fosa ilegal, de dos cadáveres en fase de putrefacción con miembros y cabezas desmembrados los cuales resultan identificados como Rubén Darío Martínez Rodríguez con cedula de ciudadanía 5912566 de 42 años y Daniel Díaz de 22 años de edad. Aparecen reportados como desaparecidos el 29 de octubre del mismo año. La investigación fue asumida por la Fiscalía 35 seccional de Fresno bajo el radicado 3088 en la que se estableció que las víctimas eran persona desconocidas en el territorio, habían ingresado con razones no explicadas a la zona del Municipio de Fresno en donde permanecían y hacían presencia miembros del Frente Omar Isaza FOI, de las Autodefensas Unidas de Colombia del Magdalena Medio. Ingreso que había generado sospechas en estos en el sentido de tratarse de posibles integrantes de la guerrilla que por ello los habían convertido en objetivo militar y habían procedido a asesinarlos. Igualmente se llegó a establecer que las víctimas fueron retenidas por personas desconocidas que se las llevaron en una camioneta con las manos amarradas, y posteriormente sus cadáveres fueron hallados por desmembración ocasionada pre-mortem, es decir, fueron muertos por decapitación. La investigación preliminar termino el 17 de julio de 2002 con Resolución Inhibitoria”<sup>876</sup>.*  
(Subrayado fuera de texto)

*“Caso 517. El 17 de mayo de 2000, en el corregimiento el prodigio, Municipio de San Luis Antioquia, cuando el ciudadano MISAEL BERRIO C ARDENAS de 51 años de edad. Ocupación oficios varios se encontraba cargando arena en la quebrada el Prodigio, fue asesinado y su cuerpo dejado en ese lugar. Presentaba múltiples heridas abiertas a la altura de la cabeza. El caso no fue judicializado en la Jurisdicción ordinaria. Los familiares de la víctima recogieron el cuerpo y de manera ilegal lo inhumaron en el cementerio del prodigio en donde la Unidad de Justicia y Paz lo inhumo el 30 de julio 2007<sup>877</sup>.* (Subrayado fuera de texto)

Como estos casos se presentaron casi todos los hechos referidos, es decir, no se había iniciado aún investigación o habían sido archivados mediante Resolución Inhibitoria. Se ilustra en esta audiencia que alrededor del 58% de estos hechos tenían Resolución inhibitoria; no obstante se indica en la información presentada que según reporte de las fiscalías de este

---

<sup>876</sup>Minuto a minuto 51:59 a 53:36 del audio del 16 de marzo de 2011. Audiencia de imputación en el proceso contra Ramón Isaza y el grupo de Autodefensas Unidas de Colombia del Magdalena Medio.

<sup>877</sup>Minuto a minuto 39:32 a 40:15 del audio del 16 de marzo de 2011. Audiencia de Imputación en el proceso contra Ramón Isaza y el grupo de Autodefensas Unidas de Colombia del Magdalena Medio.

Municipio, se conocía que este grupo de paramilitares desarrollaban sus actividades en la zona y a pesar de ello hubo un altísimo porcentaje de decisiones de archivo o de preclusión.

La Fiscalía de la unidad de Justicia y Paz en audiencia concentrada<sup>878</sup>, llevada a cabo contra los integrantes del Bloque Calima y Bananero, informa sobre esta misma situación que involucro no solamente a integrantes de la policía y el ejército sino de la misma Fiscalía:

*“organismos del CTI de la Fiscalía no fue ajeno al apoyo de las autodefensas, es decir, al paramilitarismo, lo cual también fue fundamental para la expansión de las Autodefensas Unidas de Colombia en Antioquia en la medida en que en uno de los aspectos fundamentales de judicialización del cuerpo armado ilegal, los cual no solo permite la captura de los perpetradores, sino que no se pierda la confianza legítima en uno de los pilares del Estado como es la justicia y sus organismos encargados de investigar y sancionar a los perpetradores de los graves crímenes de lesa humanidad e infracciones al DIH. La infiltración del paramilitarismo al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía se hizo desde Medellín. Es algo que aún retumba en la mente de quienes aún laboran en esta institución” (Minuto a minuto 0.20.39 al 0.24.00).*

*“En el informe 462 de la Unidad de Justicia y Paz, hoy día se conoce que como las infracciones se dan desde la Dirección Seccional de Fiscalías, con Rubén Darío Correa Leal según versiones de alias “Berna”, rendidas el 13 y 14 de febrero de 2012, dentro del radicado 2006-80011, a quien le decían alias “cohebala”, quien a su vez trae a la institución a Uber Duque y se desempeñaba como Jefe del Grupo de Investigaciones Especiales y quien era a la vez asesor de Carlos Castaño. Se trajo también a Carlos Mario Aguilar Echeverry quien se entregó a los Estados Unidos conocido con el alias de “Rogelio” se desempeñaba en la Fiscalía Regional como investigador, era hermano de una Fiscal Regional y había sido escolta de Pablo Escobar. Trabajaba de la mano de Uber Duque, asesor de Carlos Castaño.*

*En el informe... se dice igualmente, que ni los directores seccionales de fiscalía, ni los otros directores del CTI en su momento realizaron diligencias pertinentes para que se hubieran adelantado las respectivas investigaciones, conociendo los informes de los investigadores que eran contundentes... lo que permitió que las Autodefensas Unidas de Colombia AUC, fueran creciendo, expandiéndose no solo en Antioquia, sino en el resto del país.*

*El proceso bajo el radicado 492 que adelanta la Fiscalía Especializada de Medellín aún sigue en etapa de investigación. [...] Estas acciones de la policía, el ejército y la Fiscalía llevaban a la población civil al miedo de tener que denunciar, de pedir apoyo y protección en sus autoridades creadas para protegerlos, para prevenir el delito y para sancionar a los infractores de la ley Penal. Al ver esta connivencia que era evidente, palpable por cualquier poblador se perdió allí la confianza legítima en el Estado, por lo cual hoy nos preguntamos: ¿Por qué no lo veían las autoridades de la región?*

---

<sup>878</sup>Realizada desde el 02 de Marzo de 2014, contra el bloque bananero y bloque calima de las Autodefensas Unidas de Colombia. Radicado L11001225200020130028200\_110010101000\_003\_002 contra el bloque bananero y bloque calima de las Autodefensas Unidas de Colombia.

[...]

*Debemos concluir que tanto en el bloque calima como en el bloque bananero, en un 70% 80% de los procesos que hemos tenido que inspeccionar la mayoría se encuentran en etapa de investigación o archivados los expedientes, lo cual quiere decir que en aquello que hemos llamado una omisión, una red de apoyo por acción o por omisión, por así decirlo, o una autoridad pasiva es una forma de permitir que el delincuente crea que tiene el camino abierto para seguir delinquir en la medida en que no son capturados y mucho menos condenados”.*

La FGN ha contado con todos los medios jurídicos y logísticos para desarrollar su trabajo desde su creación. Estos son solo algunos ejemplos de que no ha cumplido con sus funciones constitucionales y legales y de que haberlo hecho, no solo hubiese adelantado las investigaciones por las cuales hoy se siente acosado para mostrar al país y a la comunidad internacional resultados, sino que en gran medida hubiera evitado muchos de los crímenes hoy se investigan en la Unidad de Justicia y Paz, si hubiese habido la diligencia debida en las actuaciones judiciales.

Esto también se debe a la infiltración del paramilitarismo en las instituciones del Estado. En la sentencia de la Sala de Justicia y paz se ilustra en una de la entidad más importante de inteligencia del país:

*“168. A nivel nacional, el control de las instituciones estatales relacionadas con la administración de justicia y la investigación de los delitos, tiene como caso emblemático la cooptación del Departamento Administrativo de Seguridad – DAS. Es conocida la penetración de esta agencia de inteligencia por las estructuras paramilitares. En la sentencia condenatoria contra Jorge Aurelio Noguera Cotes, quien fungió como Director de la misma entre el 16 de agosto de 2002 y el 26 de octubre de 2005, quedo probado que: “A través de su poder discrecional NOGUERA ayudó al Bloque Norte de las Autodefensas, haciéndoles llegar información que el organismo recolectaba en virtud de las funciones que cumplía; nombrando personas allegadas a la organización y, trasladando o declarando insubsistentes a los servidores que dirigían su labor contra ellos, sin importarle la experiencia y años de servicio que llevaran en la institución. Las dependencias más afectadas con la toma de este tipo de determinaciones fueron el Área Especializada de Investigaciones Financieras y las Direcciones Seccionales de la costa norte, las cuales ejercían funciones de policía judicial en coordinación con la Fiscalía General de la Nación y las demás autoridades judiciales”<sup>879</sup>.*

Esa situación se reprodujo a nivel regional. En este no sólo el Ejército, la Policía y dirigentes políticos del Departamento de Córdoba promovieron, apoyaron o tuvieron vínculos con el grupo paramilitar. La administración de justicia y/o los organismos de inteligencia no fueron

---

<sup>879</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia 32000, Acta No. 331, 14 de septiembre de 2011. M.P. Alfredo Gómez Quintero.

ajenos a ese tipo de relaciones y colaboraciones. Distintas instituciones, incluido el DAS, la Fiscalía, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Defensoría del Pueblo y el INPEC mantuvieron lazos de cooperación con el grupo ilegal<sup>880</sup>.

Pero la Directiva expedida por el Fiscal General que desarrolla los conceptos de priorización y de enfoque diferencial, no es la solución para la construcción de la verdad y el registro de la memoria histórica. Por el contrario, lo que se ha generado a partir de esta política de priorización que va dirigida al juzgamiento de los máximos responsables, es que, *primero* en la LJP, no están los máximos responsables como ya se ha expuesto, *segundo*, la selección de máximos responsables es una forma de negar el acceso a la justicia y la celeridad de los procesos de los demás postulados, y *tercero*, la política de priorización afecta directamente la verdad y la posibilidad de reparación de las víctimas en tanto que si el postulado que cometió el hecho no es priorizado, su posibilidad de verdad y reparación se ve afectada.

El aporte que hace la Corte Constitucional al tema de la priorización de los máximos responsables, es delimitar su alcance cuando plantea que

*“la concentración de la responsabilidad en los máximos responsables no implica que se dejen de investigar todos los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos de manera sistemática, sino que permite que sean imputados solo a quienes cumplieron un rol esencial en su comisión”*. (Sentencia C- 579 de 2013)

La priorización, en la forma presentada por la Directiva de la Fiscalía va dirigida más por el afán de presentar resultados a nivel de estadísticas que por desarrollar el principio de verdad. De todas maneras estos resultados tampoco han sido muy significativos desde el mes octubre de 2012, fecha en la cual se creó esta política junto con el modelo de investigación de macrocriminalidad, ya que realmente además de que no ha arrojado resultados, porque por ejemplo, tanto en la sentencia del Bloque Cundinamarca<sup>881</sup>, como en la de Las Autodefensas Campesinas de Puerto Boyacá - ACPB<sup>882</sup>, no se aceptaron los patrones de macrocriminalidad

---

<sup>880</sup>183 Comentarios en torno a la influencia del paramilitarismo en la *política* local cordobesa en: Misión de Observación Electoral- MOE, Monografía político electoral departamento de Córdoba 1997-2007, p. 51.

<sup>881</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sala de Justicia y Paz. Rad. 11001-22-52000-2014-00019-00 Rad. Interno 2319 SENTENCIA A Luís Eduardo Cifuentes Galindo , Narciso Fajardo Marroquín, Carlos Iván Ortiz, Raúl Rojas Triana, José Absalón Zamudio Vega.

<sup>882</sup> TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Sala de Justicia y Paz. Rad. 11001-22-52000-2014-00058-00 Rad. Interno 2358 SENTENCIA Arnubio Triana Mahecha y otros. Sala de Justicia y Paz.

en la forma presentada por la Fiscalía; lo cual no significó que no se hubiese dictado la sentencia condenatorio; no se han necesitado.

En cambio, si consideramos que por la construcción de estos patrones se haya perdido la posibilidad de conocer los hechos y la verdad de los mismos en las audiencias de imputación y concentrada, toda vez que allí ya no se mencionan los hecho, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sino que se construye un patrón, que entre otras cosas, según estos fallos, no cumplen los estándares de un modelo de investigación y se le cuelga a ese patrón una cantidad de hechos que solo se conocieron en las versiones, pero que no se van a conocer en el proceso propiamente dicho de las audiencias.

Esta hace que no se pueda en estas instancias hacer aclaración, adición o incluso controversia sobre estos hechos, porque los han incorporado a uno solo al que denominan patrón, lo que afecta realmente la verdad histórica.

Lo que hemos podido percibir en este sentido, además de que la política de priorización es una forma de legitimar la ineficacia de la Fiscalía durante los últimos 24 años y que en este momento, justificando que no puede abarcar todos los hechos —que debió documentar con su función ordinaria y no lo hizo—, necesita mostrar resultados en cifras.

Si el principio rector de la Jurisdicción Especial para la Paz es la verdad plena, no se le poner un límite, porque es fundamental para el pueblo colombiano, para las personas del común, para nosotros, conocer la verdad y construir una memoria histórica que nos permita evitar la repetición de tantos crímenes y tanto dolor que han padecido las personas en este país y en especial las víctimas.

Es el pueblo el único que puede evitar que todos estos hechos y estas masacres, estos crímenes, y sobre tanto odio, se puede repetir. De pronto, esto no le interesa a los grupos económicos, a los agentes el Estado y menos a los verdaderos responsables, que entre otras cosas, son opositores a este proceso de paz que se ha venido adelantando, pero lo cierto es que en este momento el pueblo colombiano tiene la posibilidad de lograr la terminación del conflicto armado.

Haciendo referencia a lo investigado por la Fiscalía de JyP, tal como se presenta en la audiencia concentrada ya referida, se indica que:

*“Igualmente como fuente de financiación, como una red de apoyo tenemos, tal como se ha demostrado a través de las versiones de los postulados, y de documentos que se han arrimado a la investigación... en esta organización armada ilegal no hubiera sido posible que se diera su*

*crecimiento y expansión en la zona de Urabá y en el resto del Departamento de Antioquia sin las finanzas obtenidas por los diferentes renglones económicos del país. En este caso el sector bananero, ganadero y comercial: sectores económicos legales que serán objeto de este informe.*

*La guerra no se financia con deseos ni con propósitos altruistas. Tiene costos muy altos con intereses muy establecidos.*

*Es menester señalar acá, la versión del postulador Iván Roberto Duque el 18 de noviembre de 2013 [...] afirmó: “quierase o no prueba que las autodefensas solo son el ala armada de un sector que solo existe en este país y que se llama paramilitarismo. Paramilitarismo en expresión más cabal del vocablo, porque aquí ya empieza a descubrirse el velo que aún no se ha corrido sobre quienes están detrás de este fenómeno: los ricos de este país, las fuerzas armadas, los políticos, el gobierno. Aquí lo único que hicimos fue desmovilizarnos. El fenómeno es enorme.*

*Raúl Emilio Hasbur Mendoza, fue la persona que dio la iniciativa para crear las asociaciones a través del gobierno departamental que en su momento se destacaba como el gobernador, el señor Álvaro Uribe Vélez, quien permitió la creación de las CONVIVIR en esta zona, para lo cual también fue importante la creación de la Brigada XVII que fue la que dio la invitación a algunos líderes comunitarios para que en determinadas regiones se conformaran las llamadas CONVIVIR, recibiendo por parte de este órgano estatal, instrucción en seguridad, carnetización y salvoconductos para porte de armas... fue así que se inicia la nueva era de las autodefensas”. (Minuto a minuto 00.25.35 a 00.34.00)*

En la Jurisdicción Especial para la Paz, necesariamente deben comparecer los partícipes de la violencia, con el fin de reconstruir la memoria histórica de esta país y por lo tanto, las investigaciones no se pueden limitar, ni a los máximos responsables, es necesario que todos, independientemente de los rangos o jerarquía, aporten la verdad a este proceso y con la política de priorización, ésta va a quedar parcializada.

Yo me pregunto: ¿Cuál es el afán?, si es que Colombia no ha tenido una guerra corta, sino que llevamos muchas décadas no solo de conflicto armado, sino de otras formas de violencia que ya hacen parte de la misma cultura y que muchas se han generado por el conflicto, pero otras es por la falta de tolerancia. Es necesario tomarse el tiempo que sea necesario para la construcción de la memoria histórica.

En esta jurisdicción, si realmente se pretende sustentarla en una JTr que permita lograr una paz estable y duradera, es necesario que se desmonte la política de priorización para lograr la verdad, construir la memoria histórica y reparar a la todas las víctimas y no solo las que sean merecedoras de lo que han denominado enfoque diferencial, porque esta figura en sí misma es discriminatoria y como lo he mencionado en este trabajo, parodiando a ORWELL: “todos los animales son iguales, pero hay unos más iguales que otros”. En este sentido es lo mismo según el enfoque diferencial: *todas las víctimas son iguales; pero hay unas más iguales que otras.*

En el tema de macrocriminalidad, como lo hemos venido ilustrando, la construcción de patrones como mecanismo para buscar responsables hacia el futuro, a nuestro parecer es obsoleto, porque la construcción de patrones es precisamente para evitar la comisión de crímenes, dismantelar organizaciones delictivas y llevar ante la justicia a los máximos responsables dentro del contexto de un Derecho penal punitivo. Pero en el ámbito de la construcción de la verdad que va a ser suministrada por todos los actores, por la población civil, por las organizaciones de DH, por los académicos, los abogados, las organizaciones de víctimas, las instituciones del Estado, ya no se trata de construir patrones SINO la memoria histórica de un país, no con fines punitivos sino con fines de verdad, de reparación, de reconciliación y de paz.

Los patrones de macrocriminalidad había que construirlos antes, cuando se sabía que grupos operaban en las zonas, cuando se conocía su modus operandi, y para evitar que volvieran a repetirse tantos hechos. Pensar en la construcción de patrones y de la mal denominada macrocriminalidad en el contexto de crímenes contra la humanidad cuando la fuente primaria de información, que son sus autores la versionan de manera libre y voluntaria, construir patrones resulta inocuo. Tan es así, que como lo hemos mencionado las decisiones de las salas de justicia y paz, ni siquiera los han tenido en cuenta porque están mal contruidos.

Recordemos que no son los patrones los que nos van a dar la fuente de información de la memoria histórica, sino los que realizaron las conductas, las mismas vivencias de las víctimas y los antecedentes investigativos que tiene la fiscalía. El papel de la investigación a nivel de los organismos del Estado, sin el cual es imposible la construcción de la memoria de este país, lo tienen precisamente los agentes del estado, los grupos económicos y políticos y los grupos armados.

#### 9.- Los delitos base.

En la Jurisdicción Especial para la Paz, el delito base que se inventó en el transcurso del proceso de LJP, no tiene ningún fundamento. La razón: que los delitos cometidos por los alzados en armas que son de carácter político serán amnistiados junto con los delitos conexos y en ese orden de ideas únicamente entraran en el ámbito de la Jurisdicción especial para la paz, aquellos que no sean definidos como conexos por la Ley estatutaria, que no pueden ser otros que los que, como dice el Acuerdo, correspondan con los crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crímenes contra el DIH.

El problema que se puede suscitar es el de establecer cuáles son esos delitos conexos. Entendemos por los diferentes comunicados que los delitos contra la privación de la libertad no entran en el ámbito de esa conexidad, entre estos el secuestro, que configuró una de las fuentes primarias de financiación de los grupos alzados en armas, en especial de las FARC, incluyendo otros delitos y todos aquellos que se deriven de actos de barbarie, o atroces, al igual que los delitos cometidos contra el DIH no solamente en cuanto a los métodos y las armas utilizadas, sino en cuanto a la afectación de las personas y bienes protegidos por el DIH.

Estos últimos, incluyen s los demás intervinientes en la comisión de estos crímenes, tanto agentes del estado, como grupos económicos y políticos que han participado y se han beneficiado de la guerra. De igual manera a los grupos paramilitares y pensaría que también a los grupos emergentes.

#### 10.- La sobrevaloración de la subsunción jurídica.

Uno de los mayores problemas que se ha podido evidenciar desde la misma audiencia de imputación en la Ley 975 de 2005 ha sido la carga de la calificación en la adecuación típica. Pareciera que los tipos penales contenidos en el código quedarán muy pequeños para la magnitud de los hechos cometidos. De hecho, cuando se escuchan los hechos es tanta la conmoción que se siente, que desde el punto de vista humano, muchas veces, ni siquiera tenemos palabras.

Pensamos que como todos estos hechos causan tanto impacto, se pierde la noción de la calificación estrictamente jurídica se ha tratado, como de mermarlo, incrementando los agravantes y poniéndolos muchas veces en concurso con otros delitos que derivan en el agravante pero como autónomo, o haciendo una serie de concurso interminables o simplemente elevándolos al Estatuto de Roma.

Parece ser que se nos ha olvidado que no es Derecho penal el que va a mitigar este sufrimiento y dolor; que no es con la pena retributiva que se libera a las víctimas de sus heridas; y que una norma jurídica no va a revivir a los muertos. No obstante, si se logra el paso a una JTr que tenga como finalidad la verdad, la reparación y la garantía de no repetición, es un paso muy significativo para el pueblo de Colombia que ha sufrido un daño irreparable, pero especialmente para las víctimas.

En relación con ellas, a lo largo de trasegar estos diez años por el proceso de justicia y paz, veo que no se les puede seguir dando el mismo tratamiento de conmiseración: sino que es necesario cambiar el lenguaje y nuestras actitudes, no con miras a la lastima, sino al respeto, a



la reivindicación de su dignidad como titulares de derechos y especialmente a nuestra solidaridad. Ahí es donde empezamos a construir la Paz, cuando las víctimas no pidan derechos como si fuera limosna, sino que se apropien de ellos, y los ejerzan real y efectivamente.

#### 11.- El fin primordial de la Jurisdicción Especial: LA PAZ

*“La paz es el estado en el que no se hace uso de la violencia”*<sup>883</sup>, afirma KELSEN. Y afirma también que *“la justicia es un ideal irracional. Por indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos, no es accesible al conocimiento”*<sup>884</sup>.

A pesar de que KELSEN parte del presupuesto de que la teoría jurídica presenta al derecho como es, sin que sea justo o injusto, sí considera que

*“únicamente un orden jurídico que no satisface los intereses de uno en perjuicio de los del otro, sino que establece entre los intereses contrapuestos un compromiso, a fin de reducir al mínimo las fricciones posibles, puede aspirar a una existencia relativamente larga”*. (p. 16)

*“En este sentido se puede considerar el concepto de paz, en el sentido que el mínimo de fricciones a pesar de las diferencias, es la mayor aproximación al logro de los fines mismos del Estado: asegurar la convivencia pacífica y la dignidad humana”*<sup>885</sup>.

En la inclusión del otro, HABERMAS<sup>886</sup> refiere la propuesta de Dieter y Eva SENGHAAS, que plantean que la complejidad de las causas de las guerras exige una concepción que conciba la paz misma con un proceso que no se orienta solo a la prevención de la violencia, sino al cumplimiento de los presupuestos reales de una vida en común sin tensiones y las regulaciones puestas en práctica, no pueden vulnerar la exigencia y la autoestima de las partes, ni dañar los intereses vitales y sensibilidades de la justicia hasta el extremo de que las partes en conflicto vuelvan a emplear de nuevo la violencia por haberse agotado las vías de la negociación.

Estos autores plantean que las políticas que orienten la paz, deben recurrir a todos los medios por debajo del umbral del uso de la fuerza militar, que incluyen la intervención humanitaria que ayuden a fomentar una economía, condiciones sociales soportables, participación democrática, Estado de Derecho y tolerancia cultural. Es decir, que no basta con

---

<sup>883</sup>KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1949. 4ª reimp., 1988, p. 25

<sup>884</sup>KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, op.cit., p. 15.

<sup>885</sup> KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, op.cit., p. 16

<sup>886</sup> HABERMAS, J. *La inclusión del otro*. Estudios de teoría política. Ed. Paidós, Barcelona, 1999, p. 169

firmar los acuerdos de paz, sino de cumplir los compromisos adquiridos e implementar una política que permita la sostenibilidad de la paz.

La Corte Constitucional<sup>887</sup> concibió por primera vez la paz, como un derecho colectivo que subsistente por un principio solidario de las poblaciones y como tal, no puede tener carácter de individual.

Posteriormente<sup>888</sup>, consideró que

*“(…) La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. El lugar central que ocupa en el ordenamiento constitucional llevó a su consagración como derecho y deber de obligatorio cumplimiento. El mínimo de paz constituye así un derecho fundamental ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona”.*

En la Sentencia C-370/06 en la cual se declara la exequibilidad de la LJP, la Corte concluye:

*“Párr. 4.1.8. En conclusión de todo lo anterior, cabe afirmar que la Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento”.*

Se afirmó también que

*“4.2.5. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los derechos humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”.*

En la sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional, sobre la reforma introducida a la constitución política, mediante el Acto Legislativo 001 de 2012, partió de la base de que para lograr una paz estable y duradera es necesario adoptar medidas de JTr y dispuso: (i) la creación de criterios de selección y priorización que permitan centrar esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de los delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra

---

<sup>887</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-008 de 1992

<sup>888</sup> CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-439 de 2002

cometidos de manera sistemática; (ii) la renuncia condicionada a la persecución judicial penal y; (iii) la suspensión condicional de la ejecución de la pena, la aplicación de penas alternativas, de sanciones extrajudiciales y de modalidades especiales de cumplimiento.

Consideró la Corte que es legítimo que se dé una aplicación especial a las reglas de juzgamiento, siempre y cuando se asegure que, como mínimo, se enjuiciarán aquellos delitos.

Para tratar estos aspectos, compartimos la tesis de FERRAJOLI, relacionado con el segundo aspecto de su ponencia, que concierne a “las garantías jurídicas idóneas para asegurar una paz duradera, es decir, el mantenimiento y la consolidación de la pacificación nacional”.

La diferencia con la Justicia ordinaria, advierte el autor, y que justifica su adopción, es su carácter no retributivo, no punitivo, sino reparador y restaurativo, basado en el reconocimiento de valores morales y políticos no menores al de la justicia retributiva y el castigo de los culpables, basados en la reconciliación nacional, la reparación de las injusticias y la reconstrucción de la verdad histórica que se logra dando la palabra a las víctimas, reconociendo su sufrimiento y rehabilitándolas en su dignidad de personas, pues esta clase de Justicia no equivale para nada a la impunidad, porque la paz y la garantía de *nunca más* a la guerra, excluyen la simple impunidad.

A lo largo de los últimos años en medio de procesos penales de Justicia y Paz y en algunos escenarios académicos hemos planteado, que es necesario respetar la seguridad jurídica, y la garantía de los derechos, no solamente de las víctimas, sino la de los infractores en el proceso penal.

Hace poco, precisamente en el mes de mayo, se realizó una jornada académica en una institución universitaria en la cual se afirmaba que en el proceso de JyP solamente había seguridad jurídica para los postulados y que garantizarles a ellos la presunción de inocencia o el derecho de defensa, era algo innecesario.

Al respecto, se aclaró que durante toda su historia, la humanidad ha luchado por sus derechos y que cada logro en el reconocimiento de los mismos no ha sido gratuito. Mucha sangre se ha derramado en su consecución y pensar que no deben aplicarse en una justicia especial, como la transicional, máxime cuando invoca el logro de la paz, implica su no reconocimiento. Entonces, esa paz que se busca, no podrá lograrse. Solamente con la garantía de los derechos y garantías procesales podrá salir adelante; de lo contrario, estamos hablando de otra forma de violencia.

Plantea FERRAJOLI que la asimetría entre Estado de Derecho y violencia extralegal<sup>889</sup>, el desarme de la sociedad civil y el monopolio de la fuerza en el Estado<sup>890</sup>, la democracia en sus dos dimensiones: la política o formal y la constitucional o sustancial<sup>891</sup>; son las garantías que se necesitan para alcanzar la pacificación y la consolidación de la paz.

Esperemos que la voluntad política para la creación de este Tribunal cumpla sus objetivos y no suceda como en la LJP, e incluso en Tribunales como el de la Antigua Yugoslavia en donde “En la práctica el funcionamiento del Tribunal estuvo obstruido desde su inicio por falta de voluntad política para arrestar los acusados”.

#### **4.2 ¿La dogmática penal en la JTr o la JTr en la dogmática penal?**

Cuando nace a la vida jurídica la LJP, el 25 de julio de 2005 para el juzgamiento de hechos ocurridos con anterioridad a su expedición, consideré que era el primer golpe al principio de legalidad y un tributo a la inseguridad jurídica<sup>892</sup> porque solamente se podían incorporar a esta Ley aquellas personas que se postularan y confesaran hechos delictivos cometidos durante y

---

<sup>889</sup> “La primera garantía consiste en la salvaguardia, en la exhibición y en el desarrollo de las formas jurídicas del Estado de derecho. La construcción de la diferencia entre la civilización del derecho y la incivilización de la guerra, es decir, de la asimetría entre Estado de Derecho y Violencia Extralegal... Solo la asimetría la civilización del derecho y la incivilización de la violencia extra-legal es un efecto capaz de deslegitimar moralmente y políticamente la violencia de la guerra como aquella de la criminalidad. Solo el desarrollo de las garantías penales y procesales del estado de derecho y por tanto la distancia exhibida entre la justicia del debido proceso y la injusticia de la violencia arbitraria, son idóneas para aislar socialmente a la violencia desordenada y salvaje de cualquier tipo y poner punto final, como en las Orestíades, a la espiral, de otro modo incesante, de la venganza y la guerra”.

<sup>890</sup> HOBBS, T. *Leviatan*. Cap. XVII, Ed. Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2005, pp 281 a 283. “El completo desarme de la sociedad civil y el monopolio estatal de la fuerza, teorizados por Thomas Hobbes en los orígenes de la modernidad”. Donde HOBBS afirma que si los hombres quieren la paz y la seguridad, “la única manera es otorgar todo su poder y fuerza a un solo hombre o a una asamblea de hombres. Hecho esto, la multitud así unida se llama Estado, en latino civitas a quien debemos nuestra paz y nuestra defensa.”.

<sup>891</sup> Retoma a Kelsen en su afirmación según la cual la democracia “es la forma política de la paz social, de la composición de los contrastes, de la recíproca comprensión de una línea mediana. Y si hay en general una vía sobre el cual el terrible conflicto de las clases que desgarran tan catastróficamente la unidad del pueblo no empuja a una sangrienta catástrofe revolucionaria, pero tiene que ser solucionado por vía pacífica, esta es la vía de la democracia, que no es aceptada precisamente por todos los que no quieren la paz y lo que es el precio de la paz: el compromiso”. H. Kelsen, *Defensa de la Democracia* (1932) trad. It. en sociología de la democracia a cargo de A. Carrino.

<sup>892</sup> CUERVO CRIALES. “Alcance y ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de crímenes de conocimiento de la Ley de Justicia y Paz”. Vínculos, 2013, p. 79 “la afectación del principio de legalidad al expedirse una Ley con carácter retroactivo, el desconocimiento del debido proceso en relación con la realización de un conjunto de crímenes cometidos hacia el pasado, que ni siquiera estaban tipificados en la Jurisdicción colombiana, son algunas de las reflexiones que surgen de este escrito”.

con ocasión de su pertenencia al grupo armado organizado al margen de la ley; pero si se postulaban con posterioridad a la Ley y habían cometido hechos en ese lapso de tiempo, no tenían derecho. No se trataba de definir si era una Ley favorable o irretroactiva. Se trataba simplemente de incorporar unos hechos delictivos a una Jurisdicción especial.

Lo mismo sucedió con el concepto de justicia que allí se plasmó en la medida en que la Ley se limitó<sup>893</sup> decir que “el Estado tiene el deber de realizar una investigación efectiva que conduzca a la identificación, captura y sanción de las personas responsables por delitos cometidos por miembros de grupos organizados al margen de la ley: asegurar a las víctimas de esas conductas el acceso a recurso eficaces que reparen el daño infligido y tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones”(art 6).

Consideramos en ese entonces que pensar en el fundamento formal y material de la justicia en la medida en que los daños sean reparados y los infractores confiesen sus delitos, era una falacia<sup>894</sup>.

En otra publicación<sup>895</sup> se planteó la necesidad de reevaluar los criterios para el ejercicio del poder, en especial por la falta de legitimación del sistema penal. Que dicho cambio solo puede hacerse con base en los principios que realmente garanticen una aplicación mínima de violencia institucionalizada y partir de la realidad social no solo para reformular el discurso jurídico penal sino para prevenir que las personas continúen sufriendo las inclemencias del poder.

Después de participar activamente en los procesos de competencia de la LJP, y como parte de un proyecto de investigación<sup>896</sup>, se concluyó que en esta Jurisdicción se han flexibilizado los principios y garantías procesales ya que se adicionan sentencias ejecutoriadas, se exige la renuncia de la prescripción, se sobre-califican las conductas punibles, se aplican tipos penales no vigentes a la realización de las conductas, entre muchos otros aspectos.

---

<sup>893</sup>CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 975 de 2005.

<sup>894</sup>CUERVO CRIALES, B. *La fundamentación epistemológica del concepto de Justicia en el marco de la Ley 975 de 2005*”. La Ley de Justicia y Paz y la Defensa Pública. Revista de la Defensoría Pública de Colombia. N° 10. Bogotá, noviembre de 2007, pp. 19-33.

<sup>895</sup>CUERVO CRIALES. B. *La Legitimidad del castigo desde la perspectiva de la pena*. Vínculos, Vol. 3., núm. 1. Bogotá, 2006, pp. 68 y ss.

<sup>896</sup>CUERVO CRIALES / ORDÚZ BARRETO. *Criterios de aplicación de los principios del del Derecho penal y nuevos enfoques en la Ley de Justicia y Paz*- Semillero Atenea. Revista Criterio Jurídico Garantista. Año 6, núm. 11. Bogotá, julio-diciembre de 2014, p. 15.

Lo anterior para indicar que no es sencillo, romper con los paradigmas tradicionales del Derecho penal y mucho menos en la posibilidad de re-pensarlo, como lo hemos planteado con algunos interrogantes, refiriéndonos a las Leyes inmutables y dogmas que tenemos interiorizados sobre la libertad, la culpa, el castigo y la justicia:

¿Será que es necesario replantear estos paradigmas? ¿Será que algún día podremos vernos sólo como seres humanos? ¿Sera qué la libertad puede pensarse de manera distinta? ¿Será que la Justicia algún día dejara de ser un acto de venganza? ¿Será que algún día podremos vivir libres de tantas culpas? ¿Será que podremos encontrar otra forma diferente de resolver los problemas que no sean el castigo y el sufrimiento?<sup>897</sup>

Para hacer una primera reflexión sobre la pregunta de este aparte del capítulo: ¿La dogmática penal en la JTr o la JTr en la Dogmática penal?, he ilustrado, brevemente, que para llegar a este interrogante, ha sido como consecuencia de las inquietudes, imposibilidades, inconvenientes, dificultades y trabas que he encontrado en el ejercicio de la abogacía, para el reconocimiento de los derechos.

Por estas circunstancias he realizado este trabajo y he podido concluir, entre otros aspectos que la LJP no permite el ejercicio real y efectivo de los derechos, so pretexto de la pena alternativa, con la inversión del discurso racional de que la pena alternativa configura *impunidad*, como yo misma lo considere en su momento.

Sin embargo, al *re-pensar* en los conceptos y principios tradicionales que configuran nuestro Derecho penal, sobre la pena, su proporcionalidad, sus fines, y su justificación; quiero dejar presentada una primera aproximación a lo que considero pueden configurar nuevos aspectos en el ámbito del Derecho penal y que surgió en el transcurso de la elaboración de este trabajo.

En relación con el interrogante sobre si la justicia, dejara de ser un acto de venganza, trae implícita una afirmación, en cuanto que justicia y venganza son lo mismo. A mi modo de ver, lo único que cambia es el nombre o las diferentes denominaciones que se le atribuyen, especialmente, porque la *retribución justa*, aparece, por lo menos en código penal colombiano, como uno de sus fines. He pensado que *el concepto de justicia, no es otra cosa que el vocablo jurídico de la venganza*.

---

<sup>897</sup> CUERVO CRIALES. B “¿Debemos pensar en re-pensar?”. Revista Vínculos, Vol. 09., núm. 1. Bogotá, 2012, p. 3.

La nueva Jurisdicción que se creará para la paz, no ha considerado replantear este concepto. Parece ser que los fines de la pena tradicionalmente contemplados en el código penal operaran y solamente quedarán allí para los fines que se necesiten.

La justicia es uno de los pilares del derecho en nuestro ordenamiento jurídico, por no decir que es el principal. Bien lo dijo Kelsen<sup>898</sup>, que liberar el concepto del derecho de la idea de la justicia es difícil, porque ambos se confunden constantemente en el pensamiento político no científico, y esta confusión trata de hacer aparecer al derecho positivo como justo. La tendencia a identificar derecho y justicia es la tendencia a justificar un orden social dado. Se trata de una tendencia política.

Este pilar de la justicia no está referido al contenido mismo del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que si bien se menciona a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, no se ha definido claramente, porque como lo refiere Kelsen un orden justo es el que regula la conducta de los hombres en forma satisfactoria para todos, es decir de tal modo que todos encuentren en él la felicidad y el hombre solo no la va a encontrar, y por ello la busca en la sociedad. *Justicia es felicidad social*.

Si revisamos el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia encontramos que “Son fines esenciales del Estado [...] asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”. Este es el fundamento para desarrollar el concepto de justicia, en términos de Kelsen, desde lo político.

Asegurar la convivencia pacífica, recoge los principios de libertad, justicia, igualdad, participación, respeto y dignidad. Quiere decir, que el orden justo, desde estos principios busca asegurar esa convivencia pacífica y en consecuencia, una de las formas de afectarla es legitimar el ejercicio del poder punitivo del Estado, no dirigido a esa convivencia, sino a la retribución justa, como fin del Derecho penal.

Cambiar los paradigmas de la justificación y legitimación del castigo, mediante la pena en su forma tradicional, no cumple, según nuestro criterio con el fin de asegurar la convivencia pacífica. Pensar que con el peligrosismo, que es el que se irradia en nuestro ordenamiento jurídico para la restricción de la libertad; que los tipos penales deben incrementarse, como en efecto ha sucedido en los últimos años; que las penas deben ser cada día mayores; que al que

---

<sup>898</sup>KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1949, 4ª reimp., 1988, p. 6.

se le presume la inocencia se le tilda de peligroso para privarlo de la libertad; que la pena es la máxima debe imperar; e incluso que se deben imponer penas perpetuas; contradice este fin del Estado de asegurar, a partir de la garantía de los derechos, la convivencia pacífica.

Considero que la paz, no solamente se ve afectada cuando se trata de un conflicto armado o un estadio de guerra: sino que también es resquebrajada mediante cualquier otra forma de violencia o daño que se pueda causar. Por lo mismo, los pilares que deben construirse en el marco jurídico de la paz, no solamente debe ser desde la guerra en sí misma, sino desde los mínimos de afectaciones de derechos que generen un daño relevante. Pero no con el fin de buscar la retribución o la proporcionalidad del castigo a imponer como lo propuso BECCARÍA<sup>899</sup>, sino con fines de verdad, justicia, reparación, pero especialmente, no repetición y no en razón de daño causado a la sociedad, sino en razón de asegurar la convivencia pacífica.

Si se sigue manteniendo que la pena debe ser proporcional al daño causado a la sociedad, no se avanzara más allá de este fin y la pena se convierte en sí misma en un imperativo categórico que busca la imposición del castigo proporcional al daño, pero no, el fin mismo del Estado y de la sociedad que no es la pena, sino asegurar la convivencia pacífica o en términos kelsenianos, *la felicidad social*.

Esta convivencia, no se logra con las penas proporcionales. Se logra a partir de distintos mecanismos dentro del mismo Derecho penal, como el logro de la verdad, la participación en condiciones dignas de las víctima en ese proceso, la imposición de penas no con fines retributivos, sino en cuanto sirvan para la restauración, el restablecimiento de los derechos en la medida de lo posibles, pero especialmente para la no repetición que no necesariamente, sean privativas de la libertad.

Los fines de la pena en el contexto de asegurar esa convivencia son:

*La prevención*, en el sentido de brindar oportunidades de una vida digna para todos, que minimicen la comisión de conductas delictivas. No como tradicionalmente se plantea la prevención. Como estigmatización a los que son proclives al delito y pertenecen a una clase

---

<sup>899</sup> BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, op., cit., p. 18. “No solo es interés común que no se cometan delitos sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causen a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por eso haber una proporción entre los delitos y las penas”.



social donde tienden a delinquir; o cómo una forma de coacción psicológica que haga que la sociedad “buena”, aprenda del dolor y el sufrimiento de los “malos” que están pagando la pena.

*La reconciliación, la reparación y la restauración*, son fines esenciales del Derecho penal, en cuanto se reconozcan a las víctimas sus derechos con respeto y dignidad. La proporcionalidad de la imposición de un castigo como forma de retribución, no es el mecanismo idóneo para asegurar la convivencia pacífica; por el contrario es una forma de generar más odio y sentimientos de venganza en contravía de la tranquilidad y la paz.

Es claro, y lo hemos podido constatar en el proceso de Justicia y Paz que restablecer los derechos de las víctimas es imposible, pero si mediante una justicia de reconciliación, de perdón y de paz permanente, es posible una reparación y por qué no, una paz duradera.

*La no repetición*, esa, sí que es una finalidad del Estado y de toda la sociedad en la búsqueda de asegurar la convivencia pacífica. Vimos por ejemplo que en muchos casos la omisión de las autoridades en relación con los crímenes que se cometieron en el conflicto armado, generó la comisión de crímenes a gran escala y prácticamente con la coadyuvancia del Estado. Este principio es un pilar fundamental de nuestra propuesta, en el sentido, no de que se incrementen penas o se impongan penas perpetuas a los que infringen la Ley para que no se repitan, sino que se cumpla con la garantía de todos los derechos, con una verdadera resocialización, con la protección al condenado y su reinserción social.

El índice tan alto de reincidencia y repetición de las conductas, se presenta en gran parte porque el Estado no cumple estas funciones de protección, sino solamente las punitivas, y en ese contexto, la reincidencia, que no es otra cosa que la repetición, es una de las causas de mayor criminalidad. Esta tarea para la no repetición le compete no solo al Estado, sino a la sociedad en general y a cada uno de nosotros en particular.

La *justicia*, en fin, entendida como verdad, como reparadora, como restauradora y como reconciliadora, no de manera transicional por virtud de un conflicto armado, sino en todos los estadios de reivindicación de los derechos; como dice Kelsen, alcanzar la felicidad social no es una utopía. Se trata de materializar el fin colectivo de asegurar la convivencia pacífica consagrada en la carta política.

*El daño como eje fundamental de la restricción de la libertad*. De acuerdo con las diferentes posiciones epistemológicas sobre la libertad del individuo, ésta puede ser restringida, siempre y cuando se cauce un daño a la sociedad o se desborde el ámbito de su propia libertad, afectando con ello los derechos de los demás.

Cuando BECCARIA desarrolla su teoría *de los delitos y de las penas*, considera que a partir del pacto social todos los individuos ceden una porción de su libertad al soberano, que es un administrador legítimo, por lo que es necesario defenderlo de “las usurpaciones privadas de cada hombre”, mediante “motivos sensibles” (p. 14) que no son otra cosa, que las penas establecidas contra los infractores de las leyes.

Plantea que todo acto de autoridad que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico, esto es, que si se determina una pena que no sea absolutamente necesaria se está desbordando los límites para imponer el castigo y se convierte en tiranía.

El interrogante que surge es: ¿Cómo se determina la necesidad de imponer el castigo, sin recaer en un acto tiránico?

Para dar respuesta a este interrogante Beccaría considera que la necesidad de imponer una pena está determinada por todas las acciones opuestas al bien común y por lo tanto la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad y en consecuencia, la utilidad común es la base de la justicia humana.

La restricción de la libertad tiene, entonces, sentido siempre y cuando se proteja a la sociedad de la vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos que han sido reconocidos constitucionalmente para la protección de la sociedad en general, de los individuos en particular y del mismo Estado, mediante la pena.

Vemos cómo, desde el mismo siglo XVIII emerge el concepto de antijuridicidad material: elemento fundamental de la estructura del delito que requiere la vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el Estado en la medida en que sea relevante para el Derecho penal y está determinado por el mayor o menor grado de punibilidad, es decir, por el principio de proporcionalidad que se determina cuantitativa y cualitativamente por el mayor o menor daño causado.

Si la restricción a la libertad del individuo en materia penal se impone por la vulneración de un bien Jurídico que atente contra la sociedad, como elemento estructural del delito, además de su tipicidad y culpabilidad, es claro que la privación de la libertad, en relación con la antijuridicidad material puede imponerse únicamente cuando se verifique y compruebe el daño antijurídico, no por la presunción de su vulneración.

La restricción de la libertad solamente se presentaría cuando el individuo va más allá de su propia libertad y afecta derechos de terceros o de la sociedad, en virtud de las teorías que sobre

la libertad del individuo se han considerado, en la medida en que éste desborda los límites que le son permitidos.

Si esto es así, la libertad entonces como principio, como derecho o como valor únicamente podría ser limitada en este sentido, si hay coherencia en estas teorías. Sin embargo, cuando solamente se sospecha que un individuo pudo desbordar esos límites, no sería procedente restringir el derecho por cuanto no se tiene la certeza que dicho individuo los haya desbordado.

Esto es solo una suposición frente a la cual no sería admisible imponer una medida de privación de su libertad por cuanto superaría los límites, incluso del mismo legislador, que en términos de BECCARIA y MONTESQUIEU deslegitimaría el poder de limitar los derechos por ser una medida tiránica, debido a que no se ha probado la relación causal entre el individuo y el daño causado.

En síntesis, el derecho a la libertad, lleva implícito en su contenido ciertas restricciones que son necesarias en la medida en que se logre la convivencia pacífica. No obstante, los mismos ordenamientos constitucionales permiten que se desborden dichos límites al conceder márgenes amplísimos de regulación al legislador que expide Leyes que per se, afectan derechos fundamentales más allá de la simple restricción.

El derecho a la libertad y el bien jurídico:

¿Si el derecho a la libertad se encuentra en cabeza de los ciudadanos, se puede imponer una pena privativa de la libertad si se vulneran bienes jurídicos de los no-ciudadanos?

De acuerdo con lo mencionado en el ítem anterior, la restricción de la libertad, *prima facie* se podría predicar cuando se vulneren bienes jurídicos de los demás individuos. La estructura de la protección de la libertad, afirma ALEX Y, “tiene su manifestación más simple en las relaciones entre iguales<sup>900</sup>”; esto significa que podría predicarse la restricción de la libertad si los bienes jurídicos vulnerados con la infracción penal están en cabeza de los iguales; y éstos serían personas naturales que son titulares de derechos iusfundamentales y cuyos bienes jurídicos son vulnerados también por sus iguales; personas naturales, titulares también de derechos iusfundamentales; tal como afirma ALEX Y “los derechos fundamentales son primariamente posiciones del individuo”<sup>901</sup>; lo que implica que solamente podría restringirse

---

<sup>900</sup>BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 225.

<sup>901</sup> BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 287.

la libertad de esas personas naturales, como en efecto sucede, pero no frente a bienes jurídicos de sus no-iguales o de “*iguales ficticios o abstractos*” como por ejemplo el Estado, por cuanto el valor de bien jurídico no sería proporcional al bien de la libertad que efectivamente se restringe.

Según CONDE,<sup>902</sup> la esencia de la antijuridicidad es la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esta ofensa al bien jurídico, no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción.

Afirma que la norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos y que para cumplir con esta función eleva a la categoría de delitos aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos. Entendido el bien jurídico como el *valor* que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo, es decir que es una *cualidad* positiva que el legislador atribuye a determinados intereses y esa *cualidad* es por tanto algo que crea la ley y no algo preexistente a ella.

Igualmente, que el bien jurídico tiene también un criterio de clasificación en bienes jurídicos individuales, comunitarios o colectivos y supraindividuales como salud pública, orden público, seguridad del estado, entre muchas otras.

El concepto de valor que el autor considera cualidad positiva, no conlleva a una garantía de los derechos. El valor que el legislador determine o no para un bien jurídico es una orientación subjetivista que no determina la necesidad o no de la restricción de otros derechos como garantía de protección de un bien jurídico.

Vemos cómo se determina un valor o cualidad a una determinada conducta que está prevista para el futuro, pero no los medios de carácter preventivo para que se pueda evitar, entre otras cosas, porque el poder punitivo no contempla esta posibilidad, sino el castigo frente a un hecho pasado.

Respecto a este tópico, en cuanto al criterio subjetivo del legislador de determinar que conductas constituyen o no afectaciones al bien jurídico, sería muy sencillo que se determinara por la política criminal de cada Estado; sin embargo, vemos con frecuencia que muchas Leyes atienden una política criminal de Derecho penal máximo o de decisiones substancialistas e

---

<sup>902</sup>CONDE MUÑOZ / GARCIA ARAN. *Derecho penal. Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, México D. F., 2012 p. 301.

inquisitivas que restringen derechos para crear bienes jurídicos objeto de tutela penal, que en muchos casos no son relevantes para el Derecho penal, sino que son de competencia de otras jurisdicciones y en otros casos, los bienes jurídicos afectados no corresponden a derechos iusfundamentales de los individuos, sino a otro tipo de “*bienes jurídicos protegidos*” que no corresponden a la jurisdicción penal, pero que se utilizan como instrumentos para mantener el poder.

No compartimos el concepto de *valor o cualidad positiva* a que se ha hecho referencia, toda vez que es un concepto subjetivo que no necesariamente impone un límite para el poder de configuración de los legisladores y tampoco al desarrollo de una política criminal de raigambre constitucional.

Como afirma ZAFFARONI<sup>903</sup>, la norma es hija de la decisión política y como tal, lleva su carga genética, pero se convierten algo separado del, sobre lo que la decisión política, una vez plasmada la norma, carece en absoluto de un derecho de vida o muerte sobre ella. El cordón umbilical entre la decisión política y la norma, lo corta el principio de legalidad en un sistema como el nuestro. La principal carga genética de la norma se halla en el bien jurídico que tutela. Este es el componente teleológico de la norma que la mantiene vinculada a la decisión política. Pero si este componente teleológico de la norma ha sido mal traducido en la formulación legal, este defecto ya no podrá suplirse acudiendo libremente a la decisión política sino que la labor supletoria tendrá limitaciones que depende de cada sistema, pero siempre hallará límites.

*Nuestra posición* es que el Derecho penal no protege derechos, ni los de la víctima porque ya se le han vulnerado, ni los del procesado, porque lo que busca el Derecho penal es el castigo del infractor y menos los de la sociedad, porque son abstractos y de difícil materialización.

La razón de ser del Derecho penal, no es otra que ejercer el poder punitivo contra aquellos que desobedecen las Leyes impuestas por el Estado y aplicar frente a ellos la pena o castigo que legitime su poder.

En ese orden el bien jurídico que se protege es una ilusión, porque ya ha sido vulnerado y con el castigo del infractor, la historia del Derecho penal, nos ha ilustrado muy bien en el sentido que no solo no disminuye la criminalidad, sino que por el contrario, esta se ha ido aumentando considerablemente.

---

<sup>903</sup>ZAFFARONI, E. *Tratado de Derecho penal...*, op.cit., p. 154.

FERRAJOLI por ejemplo, justifica la pena mínima a partir de la función de la misma, que según él es la protección del más débil; inicialmente la protección a la víctima por la vulneración del bien jurídico y posteriormente al procesado mediante la aplicación real y efectiva de las garantías sustanciales y procesales.

Compartimos esta postura, pero consideramos que el fin de la pena como lo hemos expuesto no es de carácter retributivo, ni tampoco para proteger al más débil, sino para garantizar en la medida de lo posible, la verdad, la restauración de los derechos de las víctimas y en especial para evitar que hechos similares vuelvan a repetirse y en este caso, la pena privativa de la libertad debe ser la última ratio y solamente para aquellas conductas de mayor gravedad, no para legitimar el poder del Estado, sino las que realmente causen grave daño, no a la sociedad o al Estado, sino a las personas directamente afectadas.

## 5. Conclusiones

1.- La JTr de la LJP es una *cuasi justicia* de carácter retributivo de la pena alternativa, que ha incorporado las teorías actuales del Derecho penal del enemigo y la tercera velocidad, al tiempo que configura una política de delación/traición/arrepentimiento para el desmantelamiento de los grupos armados organizados al margen de la ley, aunque paradójicamente su objeto es facilitar *los procesos de paz y la reincorporación individual y colectiva a la vida civil*. A pesar de que la postulación de los desmovilizados se hizo en pleno conflicto armado y para buscar la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas, esto se presenta porque la LJP entraña una contradicción dialéctica entre la pena alternativa y la pena retributiva que se trata de subsanar con la restricción de todos los derechos y garantías procesales, como forma de restablecer la pena retributiva.

La JTr, no de la justicia de delación contenida en la Ley 975, ha de permitir el cambio de un estado de conflicto, no solamente armado, sino de toda una política de Estado, hacia un escenario de convivencia pacífica, fin supremo del Estado como lo establece la Constitución Política. Esto significa, *prima facie*, que debe servir de instrumento, no solo, para lograr una paz estable y duradera cuando existe un conflicto armado como el que ha sufrido Colombia en las últimas décadas, sino también, en situaciones de conflicto no armado.

2.- Los Tribunales internacionales *ad hoc* que se han implementado después de la Segunda Guerra Mundial, desde los Juicios de Núremberg, no constituyen los antecedentes de la JTr sino la génesis de la Jurisdicción penal internacional, porque han buscado, aunque no lo han logrado, no dejar en la “impunidad” los graves crímenes cometidos contra la comunidad internacional. Solamente casos excepcionales, como el de Sudáfrica y algunas Comisiones de la Verdad, han arrojado una aproximación a lo que realmente es la JTr.

3.- La aplicación de la LJP para lograr que los postulados a ella obtengan la pena alternativa que oscila entre 5 y 8 años de prisión, promueve, además de la delación, la renuncia de los derechos de no autoincriminación, *non bis in idem*, prescripción, presunción de inocencia, defensa, entre otros, así como la *construcción* de una nueva concepción del Estado de Derecho que se ha denominado *Legalidad Flexible*. Adicionalmente, fomenta la sobrevaloración jurídica de las conductas con fines estadísticos y, lo más crítico aún, la privación de la libertad

como única medida de aseguramiento condicionada al cumplimiento de la máxima pena alternativa.

4.- Frente a los crímenes que comportan graves violaciones contra el DIH y los DH en el Proceso de JTr existen varias contradicciones entre la fundamentación epistemológica y normativa y su aplicación en el proceso de Justicia y Paz:

A) Se están juzgando y condenando crímenes contra el DIH que constituyen actos propiamente del combate, contraviniendo los fundamentos de la Convención de Ginebra y sus Protocolos, en la medida en que los Estados Partes que los suscribieron, parten precisamente de la realización de la guerra y como tal, dichos actos hostiles son permitidos por el DIH. Los convenios sus protocolos adicionales, lo que hacen es establecer los límites de la guerra, tanto de los medios y mecanismo permitidos para guerra, como de las personas y bienes que se deben proteger, pero no prohíben la guerra, porque considera que es un derecho que tienen los Estados.

B) Se están equiparando muchas conductas cometidas en virtud del conflicto como crímenes de lesa humanidad, sin que en Colombia dichos crímenes estén contemplados en el ordenamiento penal y, aunque así fuera, no podrían ser objeto de imputación, ya que la LJP solo contempla conductas de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley que hayan cometido delitos durante y con ocasión de su pertenencia al grupo; es decir, que los Tribunales de Justicia y Paz no son competentes para conocer crímenes de lesa humanidad, sino solo crímenes de guerra.

C) No se distingue entre los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o autodefensas y los grupos insurgentes, juzgándose a todos con el mismo rasero, aun cuando el delito base por el que se juzga a los primeros es el de *concierto para delinquir*, el cual puede cometer cualquier persona, mientras que el *delito político*, atribuido a los postulados de los grupos insurgentes, solo puede cometerse por los rebeldes. Si el delito base es *concierto para delinquir* y lo comete cualquier persona, los paramilitares a quienes se les imputa, no podrían ser cobijados por la LJP, teniendo en cuenta que son particulares y no actores del conflicto armado, porque consideramos que los actores del conflicto en Colombia son los grupos insurgentes contra el Estado y sus agentes, incluidos los paramilitares porque fue el Estado mismo el que los creó, los financió y los utilizó con el auspicio de los grupos económicos y la clase política.

5.- Como consecuencia de la ineficiencia del Estado en la investigación judicial, los crímenes contra la humanidad, en el contexto de macrocriminalidad, son reducidos a un modelo



de investigación que se creó por parte del Fiscal General de la Nación, mediante una Directiva que planteó la política de priorización de los máximos responsables y el enfoque diferencial de las víctimas. Estas directrices comportan una política de desigualdad y selección de casos, al tiempo que desatienden causas de la congestión judicial, tales como la infiltración del paramilitarismo en las instituciones del Estado, que impidieron la investigación y juzgamiento de los responsables de graves crímenes y que han constituido, a lo largo de todos estos años una *garantía de repetición*, porque si las entidades del Estado hubieran cumplido con su trabajo, no se hubieran repetido tantas masacres y tantas violaciones a los DH.

6.- En el tema de macrocriminalidad, la construcción de patrones, entendidos como mecanismo para buscar responsables hacia el futuro, a mi parecer es obsoleto en el marco de los procesos de JTr. Y ello porque la construcción de dichos patrones cobra sentido como instrumento para evitar la comisión de crímenes, dismantelar organizaciones delictivas y llevar ante la justicia a los máximos responsables dentro del contexto de un Derecho penal punitivo. Pero en el ámbito de la construcción de la verdad que va a ser suministrada por todos los actores, por la población civil, por las organizaciones de DH, por los académicos, los abogados, las organizaciones de víctimas, las instituciones del Estado, ya no se trata de construir patrones SINO la memoria histórica de un país, no con fines punitivos sino con fines de verdad, de reparación, de reconciliación y de paz.

Los patrones que se han tratado de implementar en los diferentes procesos, tal como se pudo constatar, han sido rechazados por la Magistratura por corresponder a los tipos penales que también fueron seleccionados por la Fiscalía para su diseño, pero en especial, porque en su construcción no se han cumplido los parámetros de la misma Ley. Sin embargo, concluyo que la construcción de patrones, la política de priorización y enfoque diferencial, y la definición de los graves crímenes contra la humanidad dentro del concepto de macrocriminalidad, son solo sofismas de distracción que impiden, en el marco de la LJP, la construcción de la memoria histórica y de la verdad. Si no comparecen todos los actores del conflicto armado, por ejemplo las fuerzas militares, los autores mediatos o máximos responsables, los grupos económicos y la clase política que no están en el proceso de Justicia y paz, no se puede hablar de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición..

7.- En cuanto al tema de la autoría y participación es claro que la teoría del dominio del hecho en sus tres manifestaciones de dominio de la acción, de la voluntad y funcional, no alcanzan a llegar hasta la figura de la línea de mando, que ha implementado la Judicatura a través de los diferentes fallos. La interpretación que se ha hecho de esta teoría corresponde a

lo que he denominado en este trabajo una nueva categoría de *Derecho penal de autor con responsabilidad colectiva*, en cuanto se está imputando la autoría, en muchos casos, a los postulados en los procesos de JTr en virtud de *su pertenencia* al grupo armado organizado al margen de la ley o por la *zona de influencia* del mismo.

Sobre el tema de autoría y participación concluyo que la autoría mediata no procede en el injusto colectivo, en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad) ya que la responsabilidad es individual. Se presenta una contradicción del dominio sobre un ejecutor que actúa de modo responsable. El hombre de atrás - *a diferencia de los casos "normales" de autoría mediata* - no domina de modo directo el hecho. Si bien en nuestra legislación está regulada la autoría mediata, en la forma como se aplica en la LJP desborda todos los presupuestos de la misma, al atribuir responsabilidad sobre la base del Derecho penal de autor, sustentado en la *pertenecía al grupo* y en su *zona de influencia*. El dominio por organización se ha convertido en un concepto abierto e indeterminado.

La coautoría, no procede en estructuras organizadas de poder, por falta de una decisión común y acuerdo previo. A pesar que el Código del 80 no la incluye, fue incorporada por la doctrina y la jurisprudencia. Si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido al resultado sin estar de acuerdo, NO puede ser coautor.

El alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una intervención en régimen de reparto de tareas. La necesidad de criminalizar delitos colectivos –lesa humanidad – contra el DIH no corresponde con la responsabilidad individual. Los afanes expansionistas buscan fines de «justicia» atribuyendo responsabilidad penal general.

8.- En cuanto a la nueva Jurisdicción Especial para la Paz, que se acordó entre el Gobierno y las FARC, el 23 de septiembre de 2015, debe concluirse que:

Si bien las partes reafirmaron su compromiso con una fórmula de justicia que contribuya a la construcción de una paz estable y duradera, exige entenderla como una *justicia restaurativa* que se fundamente en la verdad para la construcción de la memoria histórica, la reparación, la reconciliación y la garantía de no repetición, con miras a garantizar los derechos del pueblo y en especial los de las víctimas.

En lo referente al denominado “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición” es necesario aclarar que su principal finalidad debe ser la de *asegurar la convivencia pacífica* y la vigencia de un *orden justo* como fin esencial del Estado y de ella,

precisamente se deriva la obligación de replantear el concepto de justicia con miras a la construcción de una paz estable y duradera en términos de respeto de los derechos del pueblo en general y de las víctimas en particular.

Si el fin es la verdad, la reparación y la no repetición, estamos hablando de re significar en todo su contenido el concepto tradicional de justicia y llevarlo al ámbito, no sólo de la justicia de transición sino de una justicia de reconciliación y de reparación en general. Esto implica necesariamente, implementar y desarrollar mecanismos de resolución de conflictos acordes con estos presupuestos.

La pena alternativa no es un premio o un beneficio, como se ha presentado en la LJP, sino un Acuerdo de terminación del conflicto que incorpora no solo a los combatientes, sino a los no combatientes y que hace parte del fin primordial del Estado que es *asegurar la convivencia pacífica*. No es un regalo, es un mecanismo de resolución del conflicto armado. La pena alternativa no es un beneficio, tampoco es un premio, es un mecanismo que permite la consolidación de un proceso de paz. Si se sigue pensando que es un premio, como sucede en la LJP, significa que por un premio se debe colaborar para el desmantelamiento del grupo.

En la LJP se desconocen, eliminan y vulneran derechos y garantías sustanciales y procesales.

9.- He podido concluir, entre otros aspectos que la LJP no permite el ejercicio real y efectivo de los derechos, so pretexto de la pena alternativa, con la inversión del discurso racional de que la pena alternativa configura *impunidad*, como yo misma lo considere en su momento.

La paz, no solamente se ve afectada cuando se trata de un conflicto armado o un estadio de guerra, sino que también es resquebrajada mediante cualquier otra forma de violencia o daño que se pueda causar y por lo mismo, los pilares que deben construirse en el marco jurídico de la paz, no solamente debe ser desde la guerra en sí misma, sino desde los mínimos de afectaciones de derechos que generen un daño relevante. Pero no con el fin de buscar la retribución o la proporcionalidad del castigo a imponer como lo propuso BECCARIA<sup>904</sup>, sino

---

<sup>904</sup>BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, p. 18. “No solo es interés común que no se cometan delitos sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causen a la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por eso haber una proporción entre los delitos y las penas”.

con fines de verdad, justicia, reparación, pero especialmente, no repetición y no en razón de daño causado a la sociedad, sino en razón de asegurar la convivencia pacífica.

En este sentido, resulta pertinente no sólo estructurar unos principios coherentes de JTr sino incluso replantear los fundamentos de la teoría del Derecho penal. Los fines de la pena, en el contexto de asegurar esa convivencia que se proponen son:

-La *prevención especial*, en el sentido de brindar oportunidades de una vida digna para todos, de tal forma que se minimice la probabilidad de la comisión de conductas delictivas en contraste con posturas como la estigmatización a los que son *proclives* al delito y pertenecen a una clase social donde *tienden* a delinquir; o cómo una forma de coacción psicológica que haga que la sociedad ‘buena’, aprenda del dolor y el sufrimiento de los ‘malos’ que están pagando la pena.

-La *reconciliación, la reparación y la restauración*, son fines esenciales del Derecho penal, en cuanto se reconozcan a las víctimas sus derechos con respeto y dignidad. Como lo plantea el profesor FERRAJOLI, no es con política penal retributiva como se consigue resarcir el daño sufrido por las víctimas. La proporcionalidad de la imposición de un castigo como forma de retribución, no es el mecanismo idóneo para asegurar la convivencia pacífica; por el contrario es una forma de generar más odio y sentimientos de venganza en contravía de la tranquilidad y la paz.

- La *no repetición*, que es una finalidad del Estado y de toda la sociedad en la búsqueda de asegurar la convivencia pacífica. Este principio es un pilar fundamental de nuestra propuesta, en el sentido de que se cumpla con la garantía de todos los derechos, se logre una verdadera resocialización y protección al condenado que le permita su reinserción social.

-La no repetición, como también lo ha sugerido el profesor FERRAJOLI, requiere más política social que política penal. El índice tan alto de reincidencia y repetición de las conductas, se presenta en gran parte porque el Estado no cumple estas funciones de protección, sino solamente las punitivas, y en ese contexto, la reincidencia, que no es otra cosa que la repetición, es una de las causas de mayor criminalidad. Esta tarea para la no repetición le compete no solo al Estado, sino a la sociedad en general y a cada uno de nosotros en particular.

- La *justicia*, entendida como verdad, como reparadora, como restauradora y como reconciliadora, no de manera transicional por virtud de un conflicto armado, sino, en todos los estadios de reivindicación de los derechos y como dice Kelsen para alcanzar la felicidad

social, no es una utopía. Consiste en materializar el fin colectivo de asegurar la convivencia pacífica consagrada en la Carta Política de Colombia.

10.- Las masacres, las muertes, las desapariciones, las torturas, las violaciones a mujeres y niñas, el reclutamiento de los niños en la guerra, los ajusticiamientos, el desplazamiento de poblaciones enteras, entre muchos otros actos de crueldad, que se han realizado durante tantos años en Colombia, han desbordado los límites de la barbarie y han configurado una tragedia humana sin precedentes en nuestra historia. El sufrimiento y el dolor humanos durante este régimen de terror son inimaginables.

Aun así, el Estado no debe desconocer los derechos fundamentales de los autores de estos crímenes, porque de hacerlo, estaría negando el reconocimiento logrado, a nivel constitucional a través de la historia. Debe marcar la diferencia en el juzgamiento de estas personas, sea bajo los parámetros de la justicia ordinaria o de la Jtr; pero no puede, actuar bajo los mismos parámetros y desvalores de quienes cometieron estos actos, negándoles sus derechos; por el contrario, al garantizarlos, consolida los principios y valores de la dignidad humana, la convivencia pacífica, los derechos y garantías procesales, y la legitimidad de estos valores como fines esenciales del Estado.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. Ed. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 2002.

ALEXY, R. *Derecho y Razón Práctica*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Ed. Fontamara, Ciudad de México, 1993, Reimp. 2002.

ALEXY, R. *Teoría de la Argumentacion Jurídica. La Teoría del Discurso Racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

AMBOS, K. *Derecho penal del enemigo*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

AMUCHATEGUI, R. *Derecho penal*. 2ª ed. Oxford University Press. Curso 2015. México D.F.: Universidad Nacional Autonoma de Mexico. Colección Textos Jurídicos Universitarios.

APONTE, A. *¿Derecho penal del Enemigo o Derecho penal del Ciudadano?*, Ed. Temis, Bogotá, 2005.

BACIGALUPO, E. “Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal”. *La Crisis del Principio de Legalidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012

BARATTA, A. *Política Criminal. Entre la política de seguridad y la política social*, Ed. Siglo XXI, México D.F., 1998.

BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

BIRCANN, J. *Estudios sobre criminología y derecho penal*, Escuela Nacional de Ministerio Público, República Dominicana, 2005.

BUSATO, P. / MONTES, H. *Introducción al Derecho penal - Fundamentos para un sistema penal democrático*, Ed. Servicios Gráficos Nicaragua, Managua, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, et. al. *Prevención y Teoría de la pena*, Ed. Editorial Jurídica, Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1995.

BUSHNELL, D. *Pasado y presente de la violencia en Colombia. Política de partidos en el siglo XIX algunos antecedentes históricos*. Ed. CEREC, 2ª ed., Bogotá, 1995.

- CALAMANDREI, P. *Elogio de los Jueces*, Ed. Gustavo Ibañez, 1ª ed. Col., Bogotá, 2012.
- CARNELUTTI, F. *Las Miserias del Proceso Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 2005.
- CARNELUTTI, F., *Cómo nace el Derecho*, Ed. Temis, Bogotá, 2007.
- CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte general*, Vol. I. Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal. parte general*, Vol. II., Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal, parte general*. Vol. V. Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial*. Vol. VII., Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- CARRARA, F. *Programa de Derecho Criminal, parte especial*. Vol. IX., Ed. Temis, Bogotá, 1996.
- CASTELLANOS, F. *Lineamientos elementales de Derecho penal. Parte General*, Ed. Porrúa, Argentina, 1977.
- CASTRO CAYCEDO, G. *En Secreto*. Entrevista con Pablo Escobar, Ed. Planeta, Bogotá, 1996.
- CELIS, S., *Historia del Crimen Organizado*, Ed. Lisboa, Madrid, 2009.
- CHRISTENSEN. “La paradoja de la decisión judicial. Teoría de sisteas y reconstrucción”. En la Crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- CLAUSEWITZ, K. *De la guerra*, Tomo I., Ed. Diógenes, S.A., Ciudad de México, 1972, 2ª ed. 1977.
- DAHRENDORF, R. *Ley y orden*. Ed. Civitas, Madrid, 1994.
- DE SOUSA SANTOS. *La Globalización del Derecho*. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Facultad de Derecho y ciencias políticas Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 1999.
- DE SOUSA SANTOS. *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, Colección de Justicia, 2014.
- DWORKIN, R. *Una cuestión de principios*, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.

ELSTER, J. "Explaining social behavior: More nuts and bolts for the social sciences", Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, L. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Tomo II, Ed. Trotta, Madrid, 2011.

FERRI, E. *Sociología criminal*, Tomo II., Prefacio. 30 de octubre de 1907.

FINCKENAUER, J. *Mafia y Crimen Organizado*. Ed. Ediciones Península. Barcelona, 1ª ed., 2010.

FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI, Ciudad de México, 1998, 27ª ed. 1998

GARAPON. *Juez y Democracia*, Ed. Flor del Viento, Barcelona, 1997.

GARCIA-PABLOS, A. *Tratado de Criminología*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2003.

GAROFALO, R. *La Criminología: estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, Ed. IBdeF, Buenos Aires, 2005.

HRUSCHKA, J. *La Crisis del Principio de Legalidad En El Nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*. Cap. V. "Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal", Edición e introducciones de Juan Pablo Montiel. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

HABERMAS, J. *La inclusión del otro*. Estudios de teoría política. Ed. Paidós, Barcelona. 1999

HABERMAS, J. Carta a Alexy de 17 de diciembre de 1974 citada por Alexy. (n. 1),

HASSEMER, W. *Crítica al Derecho penal de Hoy*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

HEGEL, F. *Filosofía del Derecho*, Ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976.

HEGEL, F. *Lecciones de filosofía de la historia*, Ed. PPU, Barcelona, 1989.



HENKAERTS, J / DOSWALD / BECK L. *El Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario*, Vol. I., Ed. CICR, Buenos Aires, 2007.

HOBBS. *Leviatán o la materia, forma y poder de una República Eclesiástica y Civil*. Capítulo XXI. “De la Libertad de los súbditos”, Ed. Ediciones del Sol, Buenos Aires, 2005.

IHERING. *El elemento de la culpabilidad en el derecho privado romano*, Ed. IBdeF, Buenos Aires, 2013.

JAKOBS, G. / CANCIO, M. *Derecho penal del Enemigo*. Ed. Civitas, Buenos aires, 2006, 2ª ed.

JAKOBS, G. *Injerencia y Dominio del Hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

JESCHECK, H, / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. 5ª ed. Ed. Comares, Peligros, 2002.

KAFKA, F. *El Proceso*, Ed. Edimat libros, Madrid, 1999.

KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Critica de la Razón Práctica. La Paz Perpetua*, Ed. Porrúa, México D. F. 1986, 6ta ed. 2010.

KAUF.MANN, A. *Filosofía del Derecho*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1949. 4ª reimp., 1988.

KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*, Ed. Porrúa, México D. F., 1934. 10ª Ed., 1998.

KUHN, T. *La estructura de las revoluciones científicas*, Ed. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2010.

LASCANO, C. *Derecho penal. Parte general*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2005.

LOPEZ DE MESA, L., *Manual de historia de Colombia. Tomo III*. Instituto Colombiano de cultura, Bogotá, 1985.

LOPEZ DE MESA, L. *La vida política después de Panamá 1903-1922*, 1985. Manual de historia de Colombia, Tomo III. Ed. Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1985.

- MARX / ENGELS. *La ideología Alemana*, Ed. Ediciones Pueblos Unidos, Montevideo, 1971.
- MIRALLES, T. *Métodos y Técnicas de Criminología*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1982.
- MIR PUIG. *Derecho penal. Parte General*, Ed. Reppertor, 10ª ed, España, 2015.
- MIR PUIG. *Teoría del Derecho penal*. Ed. IBdeF, 7ª ed, Buenos Aires, 2005.
- MIR PUIG. *Introducción a las bases de Derecho penal*, Ed. IBdeF, Buenos Aires, 2ª ed., 2003.
- MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN. *Derecho penal. Parte General*, Ed Tirant lo Blanch, México D. F., 2012.
- NEIER, A. *War Crimes*, Ed. Random House, Toronto, 1998.
- NIETZSCHE. *Más allá del bien y del mal*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- NIETZSCHE, F. *La genealogía de la moral*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- OBERSON, B. / FLORAS, N. “Extractos de la Cartilla Derecho Internacional Humanitario – Respuestas a sus preguntas”, Ed. CICR, 1990.
- O'DONNELL / SCHMITTER, *Transitions From Authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain Democracies*. “With a new foreword by Cynthia J. Arnson and F. Lowenthal”. Ed., Jhon Hopkins University Press, Maryland, 2013
- ORWELL, G. *Rebelión en la granja*, Vol. 23, Ed. Destino, Barcelona, 2003.
- OSORIO, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Ed. Heliasta, Argentina, 1981.
- PARSONS, T. *El sistema de las sociedades modernas*, Ed. Trillas, España, 1974.
- PEREZ, L. *Derecho penal*. Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2ª ed. 1987.
- PEREZ, L. *Derecho penal*, Tomo II, Ed. Temis, Bogotá, 1989.
- PINATEL, J., *Tratado de Derecho penal y Criminología*, Ed. Aguilar, Madrid, 1979.

RADBRUCH, G. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2002.

RAGIN, C. "Redesigning Social Inquiry. Fuzzy Sets and Beyond", Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 2011.

RATNER, S. / ABRAMS, J. / BISCHOFF, J. *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond the Nüremberg Legacy*. Ed. Oxford University Press, Oxford, 1997.

RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México D. F.

RAWLS, J. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Ed. Paidós, Barcelona. 2006.

RIVERA BEIRAS, I. *Política Criminal y Sistema Penal*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005.

RIVERA BEIRAS, I. *Recorridos y Posibles Formas de la Penalidad*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2005.

RODRIGUEZ, O. *La presunción de inocencia. Principios universales*, Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 2001.

ROXIN, C. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, 7ª ed., Madrid, 1999.

ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROUSSEAU, J. *El contrato social*, Ed. Panamericana, Bogotá, 1994.

RUSCHE, G. / KIRCHHEIMER, O. *Pena y Estructura social*, Ed. Temis, trad. de E. García Méndez, Bogotá, 1984.

SAMPER, J. *Derecho Público Interno*, Ed. Temis, Bogotá, 1982.

SANCHEZ, G. *Guerra y política en la sociedad colombiana*, Ed. Ancora Editores, Bogotá, 1991.

SANCHEZ, G. *Pasado y presente de la violencia en Colombia*, Instituto de estudios políticos y relaciones internacionales. Ed. CEREC, Bogotá, 1995.

SANCHEZ, G. / MEERTENS, D. *Bandoleros, gamonales y campesinos. El caso de la violencia en Colombia*, Ed. Ancora editores, Bogotá, 2000.

SANGUINE, O. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch monografías, Valencia, 2003.

SATZGER, H. *El Código alemán de Derecho penal Internacional (völkerstrafgesetzbuch) entre los principios de legalidad y complementariedad. En la crisis del principio de legalidad en el Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Ed. Marical Pons, Madrid, 2012.

SCHMITT, C. *El Concepto de lo Político*, Ed. Folios, México D. F., 1985.

SCHOPENHAUER, A. *La libertad*, Ed. Coyoacán. México, 2007.

SILVA, J. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001.

TAYLOR, T. *The Anatomy of the Nüremberg Trials: A Personal Memoir*, Ed. Alfred A. Knopff Inc., New York, 1992

TSE-TUNG, M., *Obras escogidas de Mao Tsé-tung*. Ed. Lenguas extranjeras, 1968.

TUGENDHAT. *Lecciones sobre Ética*, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997.

UNITED STATES INSTITUTE OF PEACE. *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, Neil J. Kritz Institute. Ed. Institute of Peace Press, USA, 1997.

UPRIMY Y. / SAFFON S. *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Ed. Arthropos, Bogotá, 2006.

URRUTIA, M. *Manual De Historia de Colombia. El desarrollo del movimiento sindical y la situación de la clase obrera*. Tomo III., Ed. Pro Cultura S.A. Bogotá, 1984.

VALENCIA, V. *Diccionario de Derechos Humanos*, Ed. Espasa, Madrid, 2003.

VARGAS VELÁSQUEZ. *Magdalena Medio santandereano: Colonización y conflicto armado*, Ed. CINEP, Bogotá, 1992.

VOLTAIRE. *Tratado sobre la Tolerancia*, Ed. Espasa, Madrid, 2007. 2ª ed. de la trad. de Mauro Armiño.

WALZER, M. *Reflexiones sobre la guerra*, Ed. Paidós, Barcelona, 2004.

- WERLE, G., *Tratado de Derecho penal Internacional*, Ed. Tirant Blanch, Valencia, 2011.
- ZABALETA, R., *El poder dual. Problemas de la teoría del estado en América Latina*, Ed. Siglo XXI, México D.F., 1977.
- ZAFFARONI, E., *Tratado de Derecho penal, parte general*. Vol V. Buenos Aires: Ediar, 1988
- ZAFFARONI, E. *El enemigo en el Derecho penal*, Ed. Gustavo Ibañez, Bogotá, 2006.
- ZAFFARONI, E. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal*. Ed. Temis, Bogotá, 2000.
- ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, Madrid, 1997.
- ZIMBARDO, P. *El efecto lucifer. El porqué de la maldad*. Ed. Paidós, Barcelona, 2008.

## ARTÍCULOS DE REVISTA

- ALPACA PEREZ. *Macrocriminalidad y Derecho penal Internacional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuaderno de trabajo del CICAJ No 3 nueva serie 2013.
- BASSIOUNI, C. *De Versalles a Ruanda en 75 años*. Revista de derecho público. Universidad de los Andes (10), Bogotá, 1999.
- COLOMBIA NUNCA MÁS. *¿Terrorismo o Rebelión? Propuestas de regulación del Conflicto armado*. Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”. Bogotá, diciembre de 2001.
- COLOMBIA NUNCA MÁS. *¿Terrorismo o Rebelión? Tratamiento a la Rebelión en Colombia*, Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo. Bogotá, 02 de diciembre de 2002.
- CUADERNILLOS DE DERECHO PENAL. No 08 de febrero de 2005, ISSN 1794-4155 p. 25.
- CUERVO CRIALES, B. *La Legitimidad del castigo desde la perspectiva de la pena*. Revista Vínculos, Vol. 3., núm. 1. Bogotá, 2006.pp.
- CUERVO CRIALES, B. *La fundamentación epistemológica del concepto de Justicia en el marco de la Ley 975 de 2005*. La Ley de Justicia y Paz y la Defensa Pública. Revista de la Defensoría Pública de Colombia. N° 10. Bogotá, noviembre de 2007.

CUERVO CRIALES, B. *El Control Constitucional de la Ley de Justicia y Paz ¿Es Un Discurso Racional?*. Criterio Jurídico Garantista. Año 3, núm. 6. Bogotá, enero-junio de 2012. ISSN: 2145-3381 FUAC

CUERVO CRIALES, B. *Alcance y ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de crímenes de conocimiento de la Ley de Justicia y Paz*. Revista Vínculos, Vol. 8., núm. 2. Bogotá, 2013.

CUERVO CRIALES, B. *Origen y Fundamentos de la Justicia Transicional*. Revista Vínculos, Vol. 11., núm. 1. Bogotá, 2014

CUERVO CRIALES / ORDÚZ BARRETO, (2014). *Criterios de aplicación de los principios del del Derecho penal y nuevos enfoques en la Ley de Justicia y Paz*. -Semillero Atenea. Criterio Jurídico Garantista. Año 6, núm. 11. Bogotá, julio-diciembre de 2014. ISSN: 2145-3381 FUAC.

CUERVO CRIALES. B. (2012). *¿Debemos pensar en re-pensar?*. Vínculos, Vol. 09., núm. 1. Bogotá.

ELSTER, J. *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, 2004, pp. 1, 77. Cambridge: Cambridge University Press. [Trad. Ezequiel Zaidenweg: *Rendición de cuentas: La justicia transicional en perspectiva histórica*, 2006, pp. 15, 97. Katz Editores, Buenos Aires, 2006].

FERRAJOLI, L. *El Derecho penal mínimo*. En Poder y Control N° 0. Barcelona, 1986.

FERRAJOLI, L. *Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal*. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas. México, 2007

G. O'DONNELL. *Transiciones, continuidades y algunas paradojas*, en Cuadernos Políticos, D.F., México, 1986, N° 56.

LOPEZ DE MESA, L. “*La historia colombiana en tres minutos*”, en El Tiempo. Lectura Dominicales. Bogotá, 28 de mayo de 1961.

NEMOGÁ, G. et al. *Justicia sin rostro. Estudio sobre la Justicia Regional*. Universidad Nacional de Colombia. Unidad de Investigaciones jurídico sociales “Gerardo Molina” (UNIJUS). Línea de investigación: Administración de Justicia, control social y político. Santa fe de Bogotá, 1996.

PERBELLINI, M. *Transiciones a la democracia: temor, incertidumbre y compromiso intelectual y político*. Revista temas y debates 24/ año 16/ julio – diciembre de 2012.

PEREZ CABALLERO. *Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194 RECPC 15-15, 2013.

STAMMLER, R. *Tratado de Filosofía del Derecho*, Ed. Reus S. A. Madrid, s/f. ISBN 978-84-2901486-0. Traducido por Wenceslao Roces. Publicado en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año LXXIV, noviembre de 1925, Tomo 147, núm. V.

TEITEL, R. *Transitional Justice Genealogy*, Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Cambridge, MA, 2003..

VAHAKN, N. “*Genocide as a problem of national and international law: The World War I, the Armenian Case and its contemporary legal ramifications*”, 1989. En (14) Yale Journal of International Law 221.

VALERO MONTENEGRO. “*El Delito Politico en el Caso de la Parapolitica*”, Revista Vía Iuris No 09, Bogotá, Julio a diciembre de 2010.

VARGAS, A. “*Tres Momentos de la Violencia Política en San Vicente de Chucurí*”. En: Revista Análisis Político N° 8. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1989

## **INFORMES**

CPI. Informe de Fiscalía / Reporte Intermedio sobre Situación Colombia, 2012.

CPI-OTP. Documento sobre algunas cuestiones de política que tiene ante sí la Fiscalía (Traducción no oficial), septiembre de 2003.

IEPRY / CMH. Informe Guerrilla y Población Civil. Trayectoria de las FARC 1949 – 2013. Segunda edición ampliada: Imprenta Nacional, noviembre de 2013. Realizada en el marco del convenio de cooperación entre el Centro de Memoria Histórica (CMH) y el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2013.

INFORME INVESTIGADOR DE CAMPO. (2013). No caso 110016000235200681099 del 07 de julio de 2013.

INFORME POLICÍA JUDICIAL. (2000). 3929 del 26 de Septiembre del 2000.

SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (SGNU), El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 3 de agosto de 2004.

## **SEMINARIOS Y CONFERENCIAS**

MLADEN, O. *Experiencias compartidas sobre procesos de paz*. IV Congreso Internacional de Derechos Humanos - Justicia Transicional. Universidad Autónoma de Colombia. Bogotá, 2 y 3 de octubre de 2013.

MLADEN, O. *Justicia Transicional: Transición en la ex Yugoslavia*. IV Congreso Internacional de Derechos Humanos - Justicia Transicional. Universidad Autónoma de Colombia. Bogotá, 2 y 3 de octubre de 2013.

SCHÜNEMANN, B. Debate en torno a la conferencia “*La idea de la normativación en la dogmática jurídica penal*”, del profesor JAKOBS (coment.), en MORENO HERNANDEZ (coord.). Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, México, 2003.

VALENCIA, V. *Introducción a la Justicia transicional*. Conferencia magistral impartida en la Cátedra Latinoamericana Julio Cortázar, Universidad de Guadalajara. México, 26 de octubre de 2007.

## NORMATIVIDAD

Acto Legislativo 01 de julio 31 de 2012, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/07/Acto-Legislativo-01-de-2012.pdf>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1095 de 2006. “Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 02 de Noviembre de 2006. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22087>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1121 de 2006. “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”. Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 29 de Diciembre de 2006. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1121\\_2006.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1121_2006.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1142 de 2007. “Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 28 de Junio de 2007. [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1142\\_2007.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1142_2007.htm).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1154 de 2007. “por la cual se modifica el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, Código Penal” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 04 de Septiembre de 2007. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=26452>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1200 de 2008. “**por medio de la cual se adiciona el artículo 169 del Código Penal, modificado por los artículos 2° de la Ley 733 de 2002 y 14 de la Ley 890 de 2004**” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 23 de Junio de 2008. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31024>.



CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1220 de 2008. “por la cual se aumentan penas para los delitos contra la Salud Pública, de que trata el Título XII, Capítulo I del Código Penal” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 16 de Julio de 2008. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31430>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1236 de 2008. **“por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”** Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 23 de Julio de 2008. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=31612>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1257 de 2008. **"Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones"** Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 04 de Diciembre de 2008. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34054>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1309 de 2009. **“Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000 relativa a las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los miembros de una organización sindical legalmente reconocida.”** Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 26 de Junio de 2009. Disponible en: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1306\\_2009.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1306_2009.htm).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1311 de 2009. "Por medio de la cual se adicionan los artículos 377A y 377B a la Ley 599 de 2000 (Código Penal), se crea el tipo penal de uso, construcción, comercialización, tenencia y transporte de semisumergibles o sumergibles" Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 09 de Julio de 2009. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36780>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1326 de 2009. "Por la cual se modifica el Artículo 110 del Código Penal" Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 15 de Julio de 2009. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36839>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1356 de 2009. “por medio de la cual se expide la Ley de Seguridad en Eventos Deportivos” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 23 de Octubre de 2009. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37645>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1357 de 2009. “Por la cual se modifica el Código Penal” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 12 de Noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37842>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1393 de 2010. **“Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”** Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 12 de Julio de 2010. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=39995>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1424 del 29 de diciembre de 2010. "Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones". Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley142429122010.pdf>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1426 de 2010. "Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000, relativa a las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los defensores de derechos humanos y periodistas". Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 29 de Diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41056>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1445 de 2011. "Por medio de la cual se modifica la Ley 181 de 1995, las disposiciones que resulten contrarias y se dictan otras disposiciones en relación con el deporte profesional" Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 12 de Mayo de 2011. <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley144512052011.pdf>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1448 de 10 de junio de 2011. **"Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones."** Diario Oficial, Bogotá. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43043>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1474 de 2011. "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública" Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 12 de Julio de 2011. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1482 de 2011. "Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones." Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 30 de Noviembre de 2011. Disponible en: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1482\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1482_2011.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1542 de 2012. "'Por la cual se reforma el artículo 74 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.'" Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 05 de Julio de 2012. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48239>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 26 de 1988, "Por medio de la cual se aprueba la "Convención Internacional para la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid", suscrita en New York, el 30 de noviembre de 1973. Disponible en: [ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/1987/ley\\_0026\\_1987.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/1987/ley_0026_1987.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1592 de 03 de diciembre de 2012, "Por medio de la cual se introducen modificaciones a la Ley 975 de 2005 'por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios' y se dictan otras disposiciones". Diario oficial, Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://www.ictj.org/colombia-linea-tiempo/docs/Ley975/Ley1592.pdf>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1639 de 2013. “Por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 02 de Julio de 2013. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201639%20DEL%202%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1675 de 2013. “Por medio de la cual se reglamentan los artículos 63, 70 y 72 de la Constitución Política de Colombia en lo relativo al patrimonio cultural sumergido” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 30 de Julio de 2013. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201675%20DEL%2030%20DE%20JULIO%20DE%202013.pdf>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1696 de 2013. “Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 19 de Diciembre de 2013. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/2013/LEY%201696%20DEL%2019%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202013.pdf>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1708 de 2014. “Por medio de la cual se expide el código de extinción de dominio” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 20 de Enero de 2014. Disponible en: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/LEY%201708%20DEL%2020%20DE%2001%20ENERO%20DE%202014.pdf>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1709 de 2014. “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 20 de Enero de 2014. Disponible en: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_1709\\_2014.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1709_2014.htm).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 171 de 1994. “Por medio de la cual se aprueba el "Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977.” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 20 de Diciembre de 1994. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0171\\_1994.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0171_1994.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1719 de 2014. “Por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 18 de Junio de 2014. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1719\\_2014.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1719_2014.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 18 de 1890. **“Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”** Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 18 de Octubre de 1890. Disponible en: [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/normatividad/Leyes/1999\\_Hacia\\_Atras/Ley\\_18\\_1990.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Leyes/1999_Hacia_Atras/Ley_18_1990.pdf).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 26 de 1987. “Por medio de la cual se aprueba la "Convención Internacional para la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid", suscrita en New York, el 30 de noviembre de 1973” Diario oficial, Bogotá, Colombia. 6 de Octubre de 1987. Disponible en: [ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/1987/ley\\_0026\\_1987.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/1987/ley_0026_1987.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 32 de 1985. “Por medio de la cual se aprueba la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados”, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 29 de Enero de 1985. Disponible en: [http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3718\\_documento.pdf](http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3718_documento.pdf).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 35 de 1982. “Por la cual se decreta una amnistía y se dictan normas tendientes al restablecimiento y preservación de la paz” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 20 de Noviembre de 1982. Disponible en: [ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/1982/ley\\_0035\\_1982.html](ftp://ftp.camara.gov.co/camara/basedoc/ley/1982/ley_0035_1982.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 365 de 1997. “Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 21 de Febrero de 1997. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=22771>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 5 de 1960. “Por la cual se aprueba el Acta Final y los Convenios suscritos por la Conferencia Diplomática de Ginebra del 12 de agosto de 1949” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 26 de Agosto de 1960. Disponible en: [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley\\_0005\\_1960.htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0005_1960.htm).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 599 del 24 de julio de 2000, “Por la cual se expide el *Código Penal Colombiano* (C. P. Col.) Diario oficial, Bogotá, Colombia. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 600 de 2000. “Por la cual se expide el Código de procedimiento penal”. Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 24 de julio de 2000. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0600\\_2000.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65 de 1979. “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados’, firmado el 31 de enero de 1967 y se autoriza al Gobierno Nacional para adherir al mismo” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 24 de Enero de 1980. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1866.pdf?view=1>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 65 de 1993. Modificada por las Leyes 415 de 1997 y 504 de 1999. “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 19 de Agosto de 1993. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=9210>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Proyecto de Ley 208 de 2005. “por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://legislacion.vlex.com.co/vid/proyecto-ley-senado-451442950>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 742 de 2002. **"Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".** Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 5 de junio de 2002. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5964>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 782 de 23 de diciembre de 2002. "Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones." Diario Oficial, Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6677>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 890 de 2004. "Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal." Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 07 de julio de 2004. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14137>.

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 906 de 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 1 de Septiembre de 2004. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0906\\_2004.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html).

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 95 de 1936. "Sobre el Código Penal". Bogotá, Colombia, 24 de Abril de 1936. Disponible en: <http://www.notinet.com.co/pedidos/35471.pdf>.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 05 de agosto de 1886. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 20 de julio de 1991. Gaceta constitucional. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE SUDÁFRICA, (18 de diciembre de 1996). (la disposición relativa a "Unidad y Reconciliación Nacional") Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=182082](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=182082).

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ). San José, Costa Rica, 7 a 22 de Noviembre de 1969. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm).

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS ENTRE ESTADOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES O ENTRE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. Viena, Austria, 28 de Abril de 1988. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I2.pdf>.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL. 21 de Diciembre de 1965. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.

CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO. Asamblea General en su resolución 260 A (III). 9 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>.

CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD. Asamblea general, 26 de Noviembre de 1968. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONVENCION%20SOBRE%20LA%20IMPRESCTIBILIDAD%20DE%20LOS%20CRIMENES%20DE%20GUERRA%20Y%20LOS%20CRIMENES%20DE%20LESA%20HUMANIDAD.php>.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 10 de diciembre de 1948. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtm>.

DILIGENCIA DE VERSIÓN LIBRE. rendida por los postulados de subversión Diego Luis Gutiérrez Muñoz y Jorge Eliecer Jiménez Martínez. 27 y 28 de agosto de 2015.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva 001 del 04 de octubre de 2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquéllos en la Fiscalía General de la Nación”. FGN, Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Directiva-N%C2%B0-0001-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, 2005. *Ley de Justicia y Paz*. Ley 975 del 25 de julio. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17161>.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. “Plan de acción de casos a priorizar por la unidad nacional de fiscalías para la justicia y la paz”. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2012/04/Plan-de-Accion-de-Priorizacion-de-la-Unidad.pdf>.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto nacional 128 de 2003. “**Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil**”. Bogotá, Colombia, 22 de Enero de 2007. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7143>.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto nacional 2764 de 2002. “Por el cual se promulga el "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” Bogotá, Colombia, 26 de Noviembre de 2002. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6309>.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto nacional 3011 de 2013. “**Por el cual se reglamentan las Leyes 975 de 2005, 1448 de 2011 y 1592 de 2012**” Bogotá, Colombia, 26 de Diciembre de 2013. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=56210>.



PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto Reglamentario 3391 de septiembre 29 de 2006, **“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 975 de 2005”**. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21741>.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 1139 del 22 de abril de 1955.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto Nacional 423 del 16 de febrero de 2007. **“Por medio del cual se reglamentan los artículos 10 y 11 de la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz”** Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22993>.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 2767 de 2004. “Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la vida civil” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 21 de Agosto de 2004. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14690>.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 3518 de 1949. “Por el cual se declara turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional” Bogotá, Colombia, 09 de Noviembre de 1949. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7526>.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto Ley 100 de 1980. “Por el cual se expide el nuevo Código Penal” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 20 de febrero de 1980. Disponible en: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo\\_penal\\_1980.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_penal_1980.htm).

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 1385 de 1994. Modificado por el Decreto Nacional 128 de 2003. **“Por el cual se expiden normas sobre concesión de beneficios a quienes abandonen voluntariamente las organizaciones subversivas”**. Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 30 de Junio de 1994. Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=9138>.

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 1400 de 2006. “Por el cual se crea la Bonificación por Operaciones de Importancia Nacional, Boina”. Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 5 de Mayo de 2006. Disponible en: [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto\\_1400\\_2006.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1400_2006.htm).

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto 1823 de 1954. “Por el cual se conceden amnistía e indulto por los delitos políticos cometidos hasta la fecha, y una rebaja de pena.” Diario Oficial, Bogotá, Colombia, 10 de julio de 1954. Disponible en: [https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto\\_1823\\_1954.htm](https://www.minjusticia.gov.co/portals/0/MJD/docs/decreto_1823_1954.htm).

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto nacional 509 de 1996. “Por el cual se promulga el "Protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)", hecho en Ginebra el 8 de Junio de 1977” Bogotá, Colombia, 18 de Marzo de 1996. Disponible en: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_0509\\_1996.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0509_1996.html).

PRESIDENCIA DE COLOMBIA. Decreto No. 2300 de 1936. “Código Penal. Ley 95 de 1936”. Bogotá, Colombia, 14 de septiembre de 1936.

Resolución 1810 de 2012. “Por medio de la cual se crea la Unidad Nacional de Análisis y Contextos” FGN, Bogotá, Colombia, 04 de octubre de 2012. Disponible en : <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Resoluci%C3%B3n-N%C2%B0-01810-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>.

Resolución 1811 de 2012. “Por medio de la cual se crea y reglamenta el Comité de Priorización de Situaciones y Casos en la Fiscalía General de la Nación”. FGN, Bogotá, Colombia, 04 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Resoluci%C3%B3n-N%C2%B0-01811-del-4-de-octubre-de-2012.pdf>.

## **JURISPRUDENCIA**

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Radicado 43178 del 09 de abril de 2014.

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Radicado 43379 del 30 de abril de 2014.

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Radicado 43563 30 de abril de 2014.

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Radicado 44156 del 15 de octubre de 2014.

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-554 del treinta 30 de mayo del 2001. Disponible en : <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-554-01.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-121 del 22 de febrero de 2012. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-121-12.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-253A del 29 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-253A-12.htm>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-370-06.htm>.

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-695 del 23 de agosto de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-695-02.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1149 del 31 de octubre de 2001. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1149-01.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>



Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-456-97.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-572 del 7 de noviembre de 1997. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-572-97.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 del 25 de julio de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/T-572-02.htm>.

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>.

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015 del 23 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-015-14.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-191 del 6 de mayo de 1998. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-241 del 20 de mayo de 1997. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-241-97.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-317-02 del 2 de mayo de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-317-02.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-358-97.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 de 19 de mayo de 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm>.

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-578 del 30 de julio de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-578-02.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-456-97.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.1184 del 13 de noviembre de 2001. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1184-01.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-008 del 22 de enero de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-008-92.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 439 del 30 de mayo de 2002. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-439-02.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-469 del 17 de julio de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-469-92.htm>

Colombia. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-425 del 26 de septiembre de 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-425-95.htm>

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 11001 60 00253 2006 80018.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 21343.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 21639 del 26 de noviembre de 2003.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 26942 del 18 de marzo de 2010.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, segunda instancia. Radicado 26945 del 11 de julio de 2007.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 27032 del 18 de marzo de 2010.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 28540 del 18 de noviembre de 2009.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 29221 del 2 de Septiembre de 2009.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 29560.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 32805 del 23 de febrero de 2010.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 32996 del 23 de febrero de 2011.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 34170 del 24 de junio de 2010.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 35227 del 12 de enero de 2012.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 35637 del 06 de junio de 2012

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 37048 del 06 de diciembre de 2012

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 38857 del 22 de septiembre de 2010.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Radicado 43468 del 27 de marzo de 2014.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 17989 del 23 de septiembre de 2003.  
Disponible en:

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. Proceso N° 33039 de diciembre 16 de 2010, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

Colombia. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de única instancia 32000 del 14 de Septiembre de 2011. Disponible en:

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 110016000253200883612-01.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 110016000253200880786 del 30 de septiembre de 2010.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 110016000253 - 200782862.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 200680082.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 11-001-60-00 253 2006 810099 Radicado Interno 1432 del 30 de Octubre de 2013.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 200681366 del 07 de diciembre de 2011.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 2007-82701 del 16 de diciembre de 2011.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 2006-80585 del 31 de enero 2012.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 2008-83280 del 16 de abril de 2012.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 11001-22-52000-2014-00058-00 Radicado Interno 2358.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 11001-22-52000-2014-00019-00 Radicado Interno 2319 del 01 de septiembre de 2014.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 11001-22-52000-2014-00058-00 Radicado Interno 2358 del 16 de Diciembre de 2014.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 11001-22-52000-2014-00019-00 Radicado Interno 2319.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 11001-22-52000-2014-00058-00.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 110016000253200680018 del 2 de Febrero de 2015.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado L11001225200020130028200\_110010101000\_003\_002 del 2 de Marzo de 2014.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 11001-22-52000-2014-00019-00 radicado Interno 2319.

Colombia. Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz. Radicado 111001-22-52000-2014-00058-00 radicado Interno 2358.

## **WEBGRAFIA**

AGENCIA PRENSA RURAL. (2015). Disponible en <http://prensarural.org/spip/>.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ, Página oficial. (2014). Álvaro Uribe Vélez. Colombia. Disponible en: <http://www.alvarouribevelez.com.co/es>.

AMBOS, K. / BÖHM, M. (2010), *El tipo penal de la desaparición forzada de personas. Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20100617\\_03.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_03.pdf).

AMBOS, K. (2011). “Derechos Humanos y Derecho penal Internacional”. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20110107\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110107_01.pdf).

AMBOS, K., (2012). *La Macrocriminalidad Política como Objeto del Derecho penal Internacional*. Disponible en: <http://derechopenaljcb.blogspot.com/2012/06/kai-ambos-la-macrocriminalidad-politica.html>.

AMBOS, K., et. al. (2009). *Imputación de Crímenes de los Subordinados a los dirigentes. Un Estudio Comparado*. 2ª ed. Rev. Bogotá: Temis. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25928.pdf>.

APROBACIÓN DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO Y TEXTO DE LA MISMA. Asamblea general, 09 de Diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>.

ARDILA, D., (2006). “Justicia transicional, principios básicos”. ILSA. Disponible en: <http://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/justicia/doc004.pdf>.

ARTUNDUAGA, A. Fundador del M-19 Centro de Documentación y Cultura para la paz. Disponible en: [http://pensamientoculturaypaz.org/LA\\_MEMORIA.html](http://pensamientoculturaypaz.org/LA_MEMORIA.html).

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ANALISTAS DE LA DELINCUENCIA. (2015). “Definición de patrones de crimen para análisis táctico”. Comité de Estándares, Métodos y Tecnología (SMT). Libro Blanco, agosto de 2011-01. Disponible en: [http://www.iaca.net/Publications/Whitepapers/es/iacawp\\_es\\_2011\\_01\\_patron\\_de\\_delito.pdf](http://www.iaca.net/Publications/Whitepapers/es/iacawp_es_2011_01_patron_de_delito.pdf).

BROWN, B., (2001). *The Evolving Concept of Universal Jurisdiction*. New England Law Review, (Vol.35.2), Disponible en: <http://www.nesl.edu/userfiles/file/lawreview/vol35/2/brown.pdf>.

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y CULTURA PARA LA PAZ. (2015). Disponible en: <http://pensamientoculturaypaz.org/>

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y CULTURA PARA LA PAZ. Jaime Bateman Cayón, Comandante del Movimiento 19 de abril M-19. Disponible en: [http://pensamientoculturaypaz.org/LA\\_MEMORIA.html](http://pensamientoculturaypaz.org/LA_MEMORIA.html).

CINEP. (2015). Disponible en: <http://www.nocheyniebla.org/>.

COALICIÓN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Caso Lubanga. Sentencia de*. 26 de enero de 2009, párr. 538. Disponible en: <http://www.iccnw.org/?mod=drctimelinelubanga&lang=es>.

COALICIÓN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Disponible en: <http://www.iccnw.org/>.

COLOMBIA NUNCA MÁS. “¿Terrorismo o Rebelión?. Nacionalización del paramilitarismo en la zona séptima”. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/nm/z7/ZonaSiete04.html>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (6 de Agosto de 2009). Informe No. 86/09 Caso 12553, Sentencia de Fondo. Jorge José y Dante Peirano Basso. República Oriental Del Uruguay. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Convenios de Ginebra. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra>.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-i.htm>.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. (2015). Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf%20CICR>.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, página oficial. Disponible en: <https://www.icrc.org/es>.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Reglamento relativo a las Leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV.R) Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws-customs-war-on-land-5tdm39.htm>.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Estatuto del tribunal internacional para juzgar los presuntos responsables de graves violaciones del DIH cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1988). *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Sentencia de 29 de julio de 1988). Serie C N° 4. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1989). *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 6. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_06\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1995). *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia* (Sentencia de 8 de diciembre de 1995). Serie C N° 22. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_22\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997). *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú* (Sentencia de 17 de septiembre de 1997). Serie C N° 33. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1997). *Castillo Páez Vs. Perú* (Sentencia de 3 de noviembre de 1997). Serie C N° 34. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1998). *Caso Blake Vs. Guatemala*. (Sentencia de 24 de enero de 1998). Serie C N° 36. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_36\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). *“Niños de la calle” Vs. Guatemala* (Sentencia de 19 de noviembre de 1999). Serie C N° 63. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1999). *Caso del Caracazo Vs. Venezuela*. (Sentencia de 11 de febrero de 1999) Serie C N° 58. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_58\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_58_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CoIDH), *Caso Petruzzi Vs. Perú*. (Sentencia de 30 de mayo de 1999) Serie C N° 53. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_52\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2000). *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala* (Sentencia de 25 de noviembre de 2000). Serie C N° 70. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_70\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2000). *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. (Sentencia de 18 de agosto de 2000). Serie C N° 69. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2000). *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. (Sentencia de enero 26 de 2000). Serie C N° 64. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_64\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_64_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2001). *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. (Sentencia de marzo 14 de 2001). Serie C N° 75). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2001). *Caso Baruch Ivcher Bronstein VS. Perú*. (Sentencia de 6 de febrero de 2001). Serie C N° 74. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_74\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001). *Caso La “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros Vs. Guatemala)*. (Sentencia de 8 de marzo de 1998). Serie C N° 76. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_76\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_76_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2001). *Caso Las Palmeras Vs. Colombia*. (Sentencia de 6 de diciembre de 2001). Serie C N° 90. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_90\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_90_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2003). *Caso Bulacio Vs. Argentina*. (Sentencia de 18 de septiembre de 2003) Serie C N° 100. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2003). *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*. (Sentencia de junio 7 de 2003) Serie C N° 199. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_99\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2003). *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala*. (Sentencia de 27 de noviembre de 2003). Serie C N° 103. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2003) *Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala*, (Sentencia del 25 de noviembre de 2003) Serie C N° 101. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2004) *Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*. (Sentencia del 5 de julio de 2004) Serie C N° 109. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_109\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2005) *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia*. (Sentencia de 15 de septiembre de 2005). Serie C N° 134. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_134\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf).



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2005) *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia*. (Sentencia de 12 de septiembre de 2005) Serie C N° 132. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_132\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2006) *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. (Sentencia del 26 de septiembre de 2006) Serie C N° 154. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2006) *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. (Sentencia de 25 de noviembre de 2006) Serie C N° 159. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_159\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_159_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2006) *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. (Sentencia de 1 de julio de 06) Serie C N° 148. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_148\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2006) *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. (Sentencia de 22 de septiembre de 2006) Serie C N° 153. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2006) *Caso La Cantuta Vs. Perú*. (Sentencia de 29 de noviembre de 2006) Serie C N° 162. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_162\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2007) *Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia*. (Sentencia de mayo 11 de 2007) Serie C N° 163. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_163\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2007). *Caso Escué Zapata Vs. Colombia*. (Sentencia del 4 de julio de 2007) Serie C N° 165. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_165\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_165_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2008) *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. (Sentencia de 27 de noviembre de 2008) Serie C N° 192. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_192\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2010). *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. (Sentencia de mayo 26 de 2010). Serie C N° 213. Colombia. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_213\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (COIDH). *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo y reparaciones). Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_259\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2012). *Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*. (Sentencia de septiembre 3 de 2013). Serie C N° 248. Disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_248\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2013). *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación génesis) vs. Colombia*. (Sentencia de 20 de noviembre de 2013) Serie C N° 270. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_270\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2014). *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del palacio de justicia) Vs. Colombia*. (Sentencia de 14 de noviembre de 2014) Serie C N° 287. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_287\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf).

CORTE PENAL INTERNACIONAL. (2012). Informe de Fiscalía / Situación Colombia reporte intermedio. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/3D3055BD-16E2-4C83-BA85-35BCFD2A7922/285202/OTP2012035032COLResumenEjecutivodelReporteIntermed.PDF>

CRUZ ROJA. (1945). “ACUERDO DE LONDRES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL”, Londres: 8 de abril de 1945. Disponible en: [http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo\\_Londres\\_8\\_Agosto\\_1945.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Acuerdo_Londres_8_Agosto_1945.pdf).

CRUZ ROJA. (1993). Estatuto del tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia, de 25 de mayo de 1993. Disponible en: [http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Estatuto\\_Tribunal\\_Internacional\\_para\\_la\\_ex\\_Yugoslavia.pdf](http://www.cruzroja.es/dih/pdf/Estatuto_Tribunal_Internacional_para_la_ex_Yugoslavia.pdf).

DOPLER, B. / FERRETI, A. y GACONN, J. “El derecho de la guerra – cuadernos pedagógicos para instructores, cuaderno No 05”, Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en: [www.icrc.org/icrcspa.nsf](http://www.icrc.org/icrcspa.nsf).

EZZAT, F., (2014), “Victimología: pasado, presente y futuro”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología reflexiones. [en línea] núm.16-r2. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf> ISSN 1695-0194.

EQUIPO NIZKOR, COLOMBIA. (2002) “¿Terrorismo o rebelión? Tratamiento a la rebelión en Colombia”. Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/libros/dih/cap3.html>.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Dirección de fiscalía nacional especializada de Justicia Transicional. Sentencias Ley de Justicia y Paz. Bogotá, Colombia. Disponible en: [http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/Ley\\_justicia\\_y\\_paz/](http://www.fiscalia.gov.co/jyp/direccion-de-fiscalia-nacional-especializada-de-justicia-transicional/Ley_justicia_y_paz/).

ECURED, (2015). Disponible en: [http://www.ecured.cu/index.php/EcuRed:Enciclopedia\\_cubana](http://www.ecured.cu/index.php/EcuRed:Enciclopedia_cubana).

EQUIPO NIZKOR. (2015). Disponible en <http://www.derechos.org/>.

ERPI. (2015). Disponible en <http://www.enlace-erpi.org/>.

FARC-EP. (2015). Disponible en <https://resistencia-colombia.org/>

FERRAJOLI, L., (2015). “La Justicia Penal Transicional para la Colombia del Posconflicto y las Garantías para la Paz Interna”. Ponencia presentada por el autor en la Universidad Nacional de Colombia el 18 de septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/FERRAJOLI-PAZ.pdf>.

FERRAJOLI, L., (2006). *Derecho penal del enemigo y la disolución del Derecho penal*. Ponencia presentada en el seminario *Verso un diritto penale del nemico?* Magistratura Democrática en Roma los días 24-25 de marzo de 2006, pp. 5-22. Publicado por la revista del Instituto de Ciencias Jurídicas. México, verano de 2007. Disponible en: <http://www.icipuebla.com/revista/IUS19/IUS%2019IND.pdf>.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva número 0001 del 04 de octubre de 2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.Fiscalia.gov.co/colombia/wpcontent/uploads/2012/10/Directiva001.pdf>.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. “Innovación en la Investigación Penal”. Informe de Rendición de Cuentas 2012- 2013. Unidad de Análisis y Contextos. Octubre de 2013. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Informe-rendici%C3%B3n-de-cuentas-UNAC-2012-2013.pdf>.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Informe estadístico consolidado a 31 de Julio de 2015: Hechos confesados: 57.883. Delitos en hechos confesados: masacres 2.253 homicidio 40.161 reclutamiento ilícito 2.574 desaparición forzada 7.020 desplazamiento forzado 17.914 extorsión 2.874 secuestro 5.017 violencia sexual 135 destrucción y apropiación de bienes protegidos 946 tortura 2.034 constreñimiento ilegal 599 contribuciones arbitrarias 2.464 actos de terrorismo 895 hurto 4.109 lesiones personales 673 toma de rehenes 72 trafico, fabricación o porte de estupefacientes 191. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/wp-content/uploads/2015/09/estadisticas-DFNEJT.pdf>.

GACETA DEL CONGRESO. República de Colombia. Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.portals>.

GLOSARIO “INTELIGENCIA POLICIAL”. Disponible en: <http://glosarios.servidor-alicante.com/inteligencia-policial/>.

GRACIA MARTIN. (2005) “Consideraciones críticas sobre el actual denominado ‘Derecho penal del enemigo’”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 07-02. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recp>, pp. 41 y ss.

HISTORIA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES DEL SIGLO XX. Disponible en: <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/potsdam.htm>

HISTORIA CLÁSICA. “El Código de Hammurabi”, 28 de julio de 2007. Disponible en: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>.

HISTORIA VIRTUAL DEL HOLOCAUSTO (2007). Disponible en: <http://elholocausto.net/central.htm>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The Prosecutor Vs. Germain Katanga*. ICC-01/04-01/07 (Sentencia de 23 de Mayo de 2014). Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/drc/katanga>.

LA AVENTURA DE LA HISTORIA. “Juicio de Tokio, 1946: para los vencidos la horca” (s/f). Disponible en: <http://www.elmundo.es/ladh/numero90/todo2.html>.

LAS COMISIONES DE LA VERDAD EN AMÉRICA LATINA. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuya.html#arg>

Marxists Internet Archive. Disponible en: <https://www.marxists.org/>.

MEMORIA Y DIGNIDAD, Centro de documentación virtual. Disponible en: <http://memoriaydignidad.org/memoriaydignidad/>.

MEMORIUM NÜRNBERGER PROZESSE MUSEEN DER STADT NÜRNBERG - DER INTERNATIONALE MILITÄRGERICHTSHOF. National Archives, (2015). College Park, MD, USA., Disponible en: <http://www.museen.nuernberg.de/memorium-nuernberger-prozesse/themen/die-nuernberger-prozesse/der-internationale-militaergerichtshof/das-gericht/>.

MEMORIUM NÜRNBERGER PROZESSE MUSEEN DER STADT NÜRNBERG - DER INTERNATIONALE MILITÄRGERICHTSHOF. National Archives, (2015). College Park, MD, USA., Disponible en: <http://www.museen.nuernberg.de/memorium-nuernberger-prozesse/themen/die-nuernberger-prozesse/der-internationale-militaergerichtshof/die-urteile/>

MESA DE CONVERSACIONES para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera en Colombia. Disponible en: <https://www.mesadeconversaciones.com.co/>.

MILITARY LEGAL RESOURCES. “Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10. October 1946 – april 1949”, julio 16 de 2010. Disponible en: [https://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/NTs\\_war-criminals.html](https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NTs_war-criminals.html).

MINISTERIO DE DEFENSA DE COLOMBIA. Disponible en: <https://www.mindefensa.gov.co/irj/portal/Mindefensa>.

MISIÓN DE OBSERVACIÓN ELECTORAL. “Monografía político electoral del departamento del Valle del Cauca, 1997 a 2007”. Bogotá, Colombia.: Observatorio MOE. Disponible en: [http://moe.org.co/home/doc/moe\\_mre/CD/PDF/vdelcauca.pdf](http://moe.org.co/home/doc/moe_mre/CD/PDF/vdelcauca.pdf).

MOLINA THEISSEN. “La desaparición forzada de personas en América Latina” (s/f). Disponible en: [http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/biblio\\_theissen\\_01.htm](http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/investig/biblio_theissen_01.htm)

MOLANO BRAVO. (s/f). *En medio del Magdalena medio*. Bogotá: CINEP. Disponible en: [http://issuu.com/cinepppp/docs/portada\\_resena\\_en\\_medio\\_del\\_magdalena\\_medio/2](http://issuu.com/cinepppp/docs/portada_resena_en_medio_del_magdalena_medio/2).

MUNDO FORENSE. Disponible en: <http://revistamundoforense.com/>.

MUSCO, E., *La irracionalidad en el Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea] 2014, núm. 16-r1. <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r1.pdf>. ISSN 1695-0194.

NACIONES UNIDAS. Derechos humanos. Oficina del alto comisionado para los derechos humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>.

NACIONES UNIDAS. Disponible en: <http://www.un.org/es/index.html>.

NACIONES UNIDAS. Programa de divulgación sobre el genocidio en Rwanda y las naciones unidas (creado el 23 de diciembre de 2005). Disponible en: <http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/>.

NACIONES UNIDAS. “Estatuto de Roma”. Doc. ONU A/CONF.183/9. 1998. Disponible en: [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto\\_roma\\_corte\\_penal\\_internacional.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/estatuto_roma_corte_penal_internacional.html).

NARVAEZ JAIMES. “La Guerra Revolucionaria del M-19 (1974-1989)”. Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en Historia, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Departamento de Historia. 2012. Disponible en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/9917/1/468440.2012.pdf>.

Oberlandesgericht Nürnberg, (2010). “Internationales Militärtribunal 1945 / *Nürnberger Prozesse*”, Disponible en: <http://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/n/imt/>. [Última modificación: 15.12.2010].

PARTIDO COMUNISTA DE COLOMBIA (MARXISTA-LENINISTA). (2010). Disponible en <http://www.pcdecml.org/>.

PROPAIS. (2015). Metodología de la investigación. McGraw Hill. Disponible en: <http://propais.org.co/biblioteca/inteligencia/metodologia-investigacion.pdf>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2015). Disponible en <http://www.rae.es/>

REPORT OF CONADEP (National Commission on the Disappearance of Persons) - 1984 (1986). Buenos Aires, Argentina.: Editorial universitaria de Buenos Aires. Disponible en: [http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/nevagain/nevagain\\_000.htm](http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/nevagain/nevagain_000.htm).

REVISTA SEMANA. (2015). Disponible en <http://www.semana.com/>

RIVERA CLAVERÍA. “El Crimen Organizado”. Guatemala, enero de 2011. Disponible en: [http://www.galileo.edu/ies/files/2011/04/EL\\_CRIMEN\\_ORGANIZADO-IES.pdf](http://www.galileo.edu/ies/files/2011/04/EL_CRIMEN_ORGANIZADO-IES.pdf).

Rome Statute of the International Criminal Court. Last updated on: 19 Decembre 2003. Disponible en: <http://www.un.org/law/icc/>.

ROMERO PROAÑO. Informe de investigación “La Mediación como Instrumento Alternativo De Terminación del Litigio Penal”, Junio de 2012. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Disponible en: <http://dspace.pucesi.edu.ec/bitstream/11010/284/2/T72720.pdf>

SCHABAS, W. (2000) “Genocide in International Law. The crime of crimes”. Cambridge University Press, Cambridge. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/blogs/ildiko/files/Genocide-in-International-Law1.pdf>. ISBN 052178262 7.

SCHABAS, W. (2004). “An introduction to the international criminal court. New York, EU.: Cambridge Cambridge University Press. Disponible en: [https://www.issafrica.org/anicj/uploads/Schabas\\_Introduction\\_to\\_the\\_ICC.pdf](https://www.issafrica.org/anicj/uploads/Schabas_Introduction_to_the_ICC.pdf).

SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO, 2015. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/>.

SEMILLERO ATENEA. (2014). “Estándares internacionales y aplicación del Derecho penal interno en la Ley de Justicia y Paz”, informe final. Criterios de aplicación del Derecho penal Internacional y el Derecho penal Colombiano en los procesos de la Ley de justicia y paz. (Trabajo de investigación). Dir. Beatriz Cuervo Criales. Universidad Autónoma de Colombia, Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://revistas.udistrital.edu.co/ojs/index.php/vinculos/article/view/8031>.

Significados. Disponible en: <http://www.significados.com>.

TUDELA, P. (2010) “El rol del análisis delictual en las estrategias de reducción del delito: COP POP e ILP”. Fundación Paz Ciudadana. Disponible en: <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2010/12/el-rol-del-analisis-delictual.pdf>.

UCLM. “Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia”. Disponible en:

[http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/02Textos%20normativos/02TN05PENAL/02TEXNOR\\_05\\_02ICTY.htm](http://www.uclm.es/profesorado/asanchez/webdih/02Textos%20normativos/02TN05PENAL/02TEXNOR_05_02ICTY.htm).

UNIFR. (2009). Desaparición forzada de personas, análisis comparado e internacional. Coord. Kai Ambos. Bogotá: Temis. Disponible en: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20110207\\_02.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110207_02.pdf).

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. Facultad de Economía. Disponible en: <https://economia.uniandes.edu.co/>.

UNIVERSIDAD DE YALE. (2008). Acuerdo del 8 de agosto de 1945, Proyecto Avalon. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtchart.asp>, donde se encuentran todos los documentos relacionados con estos juicios.

UNIVERSIDAD DE YALE. (2008). “Nüremberg Trial Proceedings Vo1 4”. [“TWENTY- SEVENTH DAY, Friday, 4 January 1946”], The Avalon Project. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/01-04-46.asp#hollriegel>.

UNIVERSIDAD DE YALE. (2008). “Judgement : Sentences”, The Avalon Project. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/judsent.asp>.

UNIVERSIDAD DE YALE. (2008). “Nüremberg Trial Proceedings Vol. 1 Charter of the International Military Tribunal”. The Avalon Project. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art6>.

UNIVERSIDAD DE YALE. (2008). “The British War Bluebook”, The Avalon Project, Y. L. S. Disponible en: <http://avalon.law.yale.edu/wwii/summary.asp>.

WIKIPEDIA. Operación Fénix. Disponible en: [https://en.wikipedia.org/wiki/Operacion\\_Fenix](https://en.wikipedia.org/wiki/Operacion_Fenix).